

نطاق مسؤولية مقول البناء من الباطن
تجاه المقول الأصلي من حيث
الأعمال في القانون المدني
والفقه الإسلامي

دكتور

رأفت محمد رأفت

أستاذ القانون المدني
عميد كلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر - فرع دمنهور

ولكن يؤخذ علي نص المادة ٦٤٦ مدني مصري في تعريفها للمقولة إنه زاد علي التعريف بقوله (أو أن يؤدي عملاً) لأنه من المعلوم أن المقاول إذا صنع شيئاً فإنه يدخل في صنعه العمل سواء كان بصورة إجارة ، كان يقدم رب العمل المادة ويقوم المقاول بالتصنيع مقابل أجر معين ، أو أن يكون بصورة استئناح كأن يقدم المقاول المادة ويقوم بتصنيعها مقابل بدل معين ، وفي كلتا الصورتين يدخل في التصنيع العمل.

كما عرف الفقه المقولة بأنها "عقد يقصد به أن يقوم الشخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر ، دون أن يخضع لإشرافه وإدارته^(١) .

٥- العلاقة بين التعريف اللغوي والتعريف الإصطلاحي : ان العلاقة بين التعريفين هي : التفاوض الذي بين المقاول ورب العمل ، من حيث بيان نوع المقولة وجنسها وقدرها ، وصفته ، وتحديد كل من الثمن والمثمن تحديداً نافياً للجهالة المفضية إلي النواع ، ثم ما يترتب علي هذا التفاوض من تعهد الطرفين بأداء كل منهما ما يجب عليه تجاه الطرف الآخر^(٢) .

(١) د/ محمد لبيب شنب ، شرح أحكام المقولة ص ١١ طبعة ١٩٦٢ م دار النهضة العربية.

(٢) انظر د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص ١١ .

ثانياً : مفهوم مقابلة البناء وطبيعتها :

٦- لا شك أن المقاولات تدرج تحت عقد المقابلة عموماً ، فهناك مقابلة البناء والمنشآت ، والنقل التويد ، وعقد النشر ، والأشغال العامة ، التزام المرافق العامالخ.

ولكن سنتناول بيان مفهوم عقد مقابلة البناء ، والمنشآت الثابتة ، لأنه محل بحثنا وذلك لغة واصطلاحاً.

فمقابلة البناء ، لغة : تعني ببناء الحائط^(١) .

أما عقد مقابلة البناء فعرف اصطلاحاً^(٢) بأنه عقد يتعهد مقاول او مهندس معماري ، بان يبني لآخر ، بناء ، أو منشآت ثابتة أخرى لقاء أجر^(٣) وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري يتضمن نصاً في المادة ٨٦٥ يعرف بمقتضاه عقد مقابلة البناء بأنه يرد العقد إما علي مقاولات صغيرة أو علي مقاولات كبيرة ، أو علي مقاولات تتعلق بالمرافق العامة

(١) مختار الصحاح - الرازي - ص ٥٧ .

(٢) لم يفرد الفقه القانوني تعريفاً لعقد مقابلة البناء ، ولعل ذلك يرجع سببه إلي أن القانون عندما وضع القواعد العامة للمقابلة ، نظر فيها بصفة خاصة إلي مقابلة البناء ، ورتبوا عليها احكام المقابلة ، ولهذا فهم كثيراً ما يضرّبون الأمثلة عن مقابلة البناء ، اما الأنواع الأخرى من المقاولات ، فقد أفردوا لها أبواباً أخرى تحت عنوان " بعض أنواع المقاولات - او أنواع أخرى من المقاولات ، انظر في معني ذلك د/ السنهوري ، الوسيط ، ج ٧ ص ٣٢ .

(٣) انظر : محمد عبد الرحيم عنبر ، عقد المقابلة ، ص ٥٤ طبعة ١٩٧٧ م .

ويقصد بالمقاولات الكبيرة مقاولات يكون محلها تشييد مبان أو منشآت ثابتة أخرى أو ما شابه ذلك من مشروعات ضخمة تقوم علي الأرض^(١) .

ومما سبق نجد ان عقد مقاوله البناء يكون محله تشييد المباني والمنشآت الثابتة الأخرى كالجسور ، والسدود والخزاناتالخ.

طبيعة الأعمال في مقاوله البناء:

٧- بعد ان وضحنا تعريف عقد مقاوله البناء يجب أن نوضح طبيعة الأعمال التي تقوم عليها هذه المقاوله ، وعلي أي شيء يتم تعهد كل من المقاول ، ورب العمل تجاه بعضهما.

في معرض بيان طبيعة الأعمال التي ترد عليها مقاوله البناء قال الأستاذ الدكتور عبد الرازق السنهوري (فمن ناحية طبيعة العمل قد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل ... وقد يكون العمل متصلاً بشيء معين وهذا الشيء إما أن يكون غير موجود وقت العقد فيصنعه المقاول بمواد من عنده أو من رب العمل . فالنجار يصنع الثاث بخشب من عنده أو من عند رب العمل ، والبناء يقيم البناء بمواد من عنده أو من عند

(١) انظر مجموعة الأعمال تحضيرية للقانون المدني المصري ج ٥ ص ١٠/٩ وقد اقترح الأستاذ الدكتور / عبد الرازق السنهوري حذفها وذلك عند تلاوة المادة في لجنة المراجعة لأنها مجرد تعداد فوافقت اللجنة علي ذلك.

رب العمل ، وإما أن يكون الشيء موجوداً وقت العقد ويرد العقد عليه ليقوم
المقاول بعمل فيه كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلاً أو يهدمه (١) .

ومما سبق يتضح لنا ان طبيعة الأعمال في مقابلة البناء بصفة عامة

تشتمل علي عدة صور:

الأولى : ان المقاول يقوم بتقديم المادة والعمل معاً.

الثانية : المقاول يقوم بتصنيع الشيء والمادة من عند رب العمل.

الثالثة: المقاول يقوم بالعمل علي شيء موجود وقت العقد كبناء يرممه أو

يدخل فيه تعديلاً أو يهدمه ، ولا تخرج هذه الصورة عن إحدي

الصورتين السابقتين.

الرابعة : المقاول يقوم بمجرد العمل دون القيام بأي تصنيع أو تعديل وذلك

كعقد النقل والمحاسبة والنشر الخ وهذه الصورة لا تدخل

معنا في هذا البحث.

هذا وقد أوضح القانون المدني العراقي طبيعة العمل في عقد مقابلة

البناء في نص المادة ٨٦٥ فيه حيث نصت علي أنه:

(١) انظر د/ السنهوري ، الوسيط ، ج ٧ ص ٣١ مجلد ابريل ط ١٩٨٩ م.

١- يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول ، أو يستعين بها في القيام بعمله ، ويكون المقاول أجيراً مشتركاً.

٢- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ويكون العقد استصناعاً " وواضح أن القانون المدني العراقي قد تأثر بالفقه الإسلامي حيث استعمل لفظ الأجير المشترك ، وأطلق على العقد مسمى " عقد المقاوله والاستصناع ، وتعرضت بعض القوانين العربية لبيان طبيعة عمل مقاوله البناء بوصفها للعقد بأنه " الإجارة على الصنع " (م ٨٢٨ من جملة الالتزامات والعقود التونسي ، ووضعه البعض الآخر بأنه " إجارة الصناعة" (م ٦٢٤ من القانون اللبناني).

المطلب الثاني

ماهية عقد مقابلة البناء في الفقه الإسلامي

٨- إن عقد مقابلة البناء لم يكن معروفاً لدى الفقه الإسلامي كعقد منفصل تحت هذا المسمى ، ولكن الفقه عالجه تحت عقود أخرى مسماة في الفقه ، لأن عقد مقابلة البناء يجمع بين عدة عقود في الفقه الإسلامي منها عقدي الإجارة والاستصناع (عند الحنفية) أو السلم (عند الجمهور) بإضافة إلي أن هناك عقداً آخر في الفقه قد تكون بعض صورته داخلته تحت عقد مقابلة البناء وهو عقد الجعالة.

٩- وقد اتفق الفقه علي جواز عقد الإجارة علي العمل ومنه البناء^(١) .

ولكن وقع الخلاف في مدي جواز وقوع مقابلة البناء في عقد الاستصناع^(٢).

(١) المغني والشرح الكبير ، ابن قدامة ج٦ ص ١٠٥/١٠٦ ، البدائع للكاساني ، ج٤ ص ١٤٧ طبعة ١٣٢٨ هـ / ١٩١٠م.

(٢) عند الاستصناع : هو عقد علي مبيع في الذمة شرط فيه العمل انظر البدائع للكاساني ج٥ ص ٢ طبعة ١٩١٠ م وما جاء في القانون المحيط في تعريف الاستصناع لغة تحت مادة صنع الشيء صنعا بالفتح والضم ، عمله ، والمصانع القري ، والمباني من القصور والحصون . انظر القاموس في المحيط ، الفيروز آبادي : ٩٥٥.

أما الاستصناع اصطلاحاً : لم يعرف عقد الاستصناع سوي الأحناف : وقد اعتمدوا في تعريفه علي أوصافه أي التعريف بالرسم حيث قال ابن الهمام " الاستصناع طلب الصنعة ، وهو ان يقول المصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر أصنع لسي خفاً طويلة كذا ، وسعته كذا ، أو دستا - أي يرقه - تسع كذا ، ووزنها كذا ، علي هيئة كذا وكذا ، ويعطي الثمن أولاً يعطي شيئاً فيعقد الآخر معه ، جاز استحساناً تبعاً للعين " انظر شرح فتح القدير ، ابن الهمام ، ج٥ ص ٣٥٥ مطبعة مصطفى محمد ، المكتبة التجارية - مصر ، وانظر في تعريفه شرح مجلة الأحكام الدالية ، محمد خالد الآتاسي : ٢/٤٠٠ مطبعة حمص سنة ١٣٥٠ هـ حيث عرفته بأنه " إذا قال لواحد من اهل الصنائع أصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً ، وقيل المصانع ذلك ، العقد البيع استحساناً وخالصة القول هو "عقد بيع في الذمة شرط فيه العمل بثمن معلوم".

وعقد الجعالة^(١) عند الفقهاء وذلك من حيث الجواز أو من حيث التكييف.

أولاً: بالنسبة لعقد الاستصناع:

١٠- نجد من خلال أقوال جمهور الفقهاء^(٢) أنهم لم يجعلوا عقد الاستصناع

عقداً مستقلاً عن عقد السلم وإنما جعلوه ضمن عقد السلم وأجازوه

بشروط السلم حيث استندوا في ذلك إلي :

أ- أن الاستصناع من غير السلم هو بيع الانسان ما ليس عنده ولقد نهي

النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ، ورخص في

السلم في قوله صلى الله عليه وسلم " لا تبع ما ليس عندك "^(٣) وقوله

صلى الله عليه وسلم من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلي

أجل معلوم ."

(١) الجعالة بالضم لغة: ما جعل له علي عمله (القاموس المحيط ، الفيروز آبادي : ١٢٦٣

- واصطلاحاً : الاجارة علي منفعة مظنون حصولها "انظر بداية المجتهد ، لابن رشد

ج ٢ ص ٢٣٥ ، الطبعة السادسة ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م دار المعرفة بيروت - لبنان .

(٢) انظر عقد الاستصناع ، شرح فتح القدير ، ابن الهمام ج ٥ ص ٣٥٥ وما بعدها -

البدائع ، للكاساني ج ٥ ص ٣ المجونة الكبرى للإمام مالك ج ٤ ص ١٨، ١٩ - الأم

للإمام الشافعي ج ٢ ص ١٣١ ط ٢ سنة ١٩٧٣ دار المعرفة بيروت لبنان - روضة

الطالبين ، للنووي ج ٤ ص ٢٧ وما بعدها ، المكتب الاسلامي ، بيروت - لبنان -

المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٣٠٣ وما بعدها ، المكتب الاسلامي - بيروت - لبنان.

(٣) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ، واحمد وصححه الألباني راجع ع

الأرواء (١٢٩٢).

ب- إن بيع الاستصناع دون تقديم الثمن هو بيع دين دين ، وهذا لا يجوز فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم " عن بيع الكائي بالمكائي " (١) .
 ج- إن بيع الاستصناع من غير وجه السلم يحصل فيه الغرر المنهي عنه .
 لأن الصفة لا تتضبط فيها وأعتبر الجمهور خلط جنسين فأكثر من الأجناس التي لا تتضبط بعكس المالكية (٢) فقد اطلقوا الجواز في السلم ، فيها يجمع لجناساً مختلفة.

ثانياً : (ها بالنسبة لعقد الجعالة:

فقد اختلفوا في مشروعيتها علي مذهبين:

الأول: جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية ، والحنابلة) (٣) حيث ذهبوا إلي جواز عقد الجعالة.

والثاني : ذهب فيه فقهاء الحنفية (٤) إلي المنع من الأخذ بالجعالة ، فلم يجوزوها لما فيها من الغرر في العمل والمدة قياساً علي سائر الإجازات ، وأجازوا دفع الجعل لمن يرد الضالة فقط . ولو بشرط استحساناً.

(١) أخرجه الدارقطني ، الحاكم ، البيهقي ، وضعفه الألباني . راجع الإرواء (١٣٨٢).

(٢) انظر المدونة الكبرى للامام مالك ج٤ ص١٨/١٩ .

(٣) انظر في عرض مشروعية الجعالة وأدلة المشروعية : بداية المجتهد ، لابن رشد ج٢ ص٢٣٥ وما بعدها - المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج٦ ص٣٥٠ وما بعدها -

الروض المربع ، البيهوتي ص٣٤٦ . (٤)

ولكن الراجح لديّ الفقه أن عقد مقاوله البناء والمنشآت الثابتة الأخرى يشتمل عليّ عقدين مسميين هما عقد الاستصناع ، وعقد استئجار الأجير المشترك^(١).

١١- تقتضي دراستنا لمسئولية مقاول البناء من الباطن تجاه المقاول الأصلي - والتي تخضع المسئولية فيها للقواعد العامة لأحكام عقد المقاوله - البحث في نطاق هذه المسئولية سواء من حيث الأعمال.

١٢- ولذا سوف نتحدث في نطاق مسئولية مقاول البناء من الباطن عن طبيعة الأشياء محل الاعمال التي يقوم بها مقاول البناء من الباطن ثم نتناول الغلظرات التي يتسبب الاخلال بها وجوب مسئولية مقاول البناء من الباطن وذلك في مبحثين على الوجه التالي :

(١) انظر د/ وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، العقود المسماة ص ٢٧٥ - دار الفكر طبعة ٣ ص ١٩٨٩ م دمشق حيث قال (واصبح مفهوم عقد المقاوله شاملاً ، بصورة تستتبع الأخذ بهذا الاصطلاح الجديد ، تقريراً للواقع وتمشياً مع العرف فيما لا يناقض آية قرآنية أو سنة نبوية ، مع إخضاع هذا العقد للأحكام بالاستصناع والأجير المشترك عليّ " أساس مماثلتها بما استجد من الحوادث " ، انظر في نفس المعني بحث لعليّ عبد أبو البصل ، مجله هدي الاسلام ، وزارة الأوقاف ، الأردن ، العدد السادس ، المجلد ٣٢ ص ١٤٠٨ هـ ص ٢١ .

المبحث الأول

طبيعة الأعمال الموجبة

لمسئولية مقاول البناء من الباطن في القانون والفقہ

سوف نتناول بالشرح بيان طبيعة الأعمال الموجبة لمسئولية مقاول

البناء من الباطن في القانون والفقہ الإسلامي علي الوجه الآتي :

المطلب الأول

طبيعة الاعمال الموجبة لمسئولية مقاول البناء من الباطن في القانون

١٣- يذهب الفقہ التقليدي إلي أن الأصل العام لتطبيق أحكام المسئولية علي مقاول البناء من الباطن أن تكون أعماله واردة علي المباني أسوة بمقاول البناء الصلي ، حيث لا يختلف محل عمل مقاول البناء من الباطن عن محل عمل مقاول البناء الأصلي فهو نفس المحل ، ولكن توسع الفقہ الحديث^(١) في بيان مفهوم المباني حيث يقصد بها كل ما يرتفع فوق سطح الأرض من منشآت ثابتة من صنع الانسان بحيث يستطيع الفرد أن يتحرك بداخلها وأن توفر الحماية له ضد المخاطر الناتجة عن المؤثرات الطبيعية والخارجية^(٢).

(١) انظر محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، فقرة ١٠٧ ص ١٢٢ - د/ السنهوري ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ فقرة ٦١ - انظر مازو ، مرجع سابق ج ٣ فقرة ١٣٦٨/٥ ص ٨٠٦ .

(٢) انظر في شأن هذا التعريف : اللائحة التنفيذية الصادرة ١٧ نوفمبر سنة ١٩٧٨ في شأن تحديد نطاق التأمين الإجباري من مسئولية المعمارين ، المادة (١ - ٢٤١ - ٢) من تقنين التأمين الفرنسي . وقد ألغيت هذه اللائحة لعدم دستوريتها في ٣٠/١١/١٩٧٩ ويرى الفقہ الفرنسي بصفة عامة أن هذا التعريف يجمع العناصر المكونة لفكرة المبني في هذا انطاق الخاص - انظر في هذا المعني مودرن ، الوقائع القانونية للملكية العقارية سنة ١٩٨٠م ص ٢٢٤ ، بوبلي ، مرجع سابق ، فقرة ٤٠٢ ص ٢٥٥ ، بيجو ، مرجع سابق ، ص ٨٢ .

ومن أمثلة ذلك الفيلات ، المدارس ، المستشفيات ، العمارات ، المصانع ، المساجد.....الخ دون النظر إلي المواد التي شيدت بها فلا يشترط أن يكون المبني قد شيدت بالطوب أو بالحجارة بل يجوز أن يكون مشيداً بالخشب أو بالزجاج ، أو بأي مادة أخرى كالمعادن أو البلاستيك^(١) بشرط أن تكون مستقرة وثابتة في مكانها ومتصلة بالأرض بحيث لا يمكن نقلها من مكان إلي آخر دون هدم أو تلف.

وعلي ذلك نقول بأن الاكشاك والكيائن وغيرها من الأشياء التي يمكن نقلها من مكان إلي آخر بدون تلف لا تتوافر فيها صفة المباني ولا تكون محلاً لعمل مقاول البناء من الباطن^(٢) .

ولكن نتساءل عن حكم المنشآت الثابتة الأخرى غير المباني ؟ هل تكون محلاً لعمل مقاول البناء من الباطن وبالتالي مسئوليته عنها أم لا؟

(١) انظر نقض مدني فرنسي ١٩٧٩/٣/٢١ ، داللو سنة ١٩٧٩ ص ٦٠٤ حيث قضي بتطبيق المسئولية الخاصة علي العمل الوارد علي مبني ثم تشييده من الزجاج بقصد إيواء بعض النباتات والزهور - انظر في نفس المعني مازو ، مرجع سابق ، فقرة ١٣٦٨ - ٤ هامش - السنهوري مرجع سابق ، ص ١٠٧ فقرة ٦١ .

(٢) انظر محمد لبيب شنب ن مرجع سابق ، ص ١٢٥ فقرة ١٠٧ هامش (٢) السنهوري ، مرجع سابق ، ص ١٠٨ فقرة ٦١ ويصدق ذلك من باب أولي علي المنقولات من أي نوع كان من السيارات ، السفن انظر في هذا المعني : نقض مدني فرنسي ١٩٤٧/٢/١١ ج .ك . ب-٢-٢-٣٤٨٢ - نقض فرنسي ١٩٦٣/٣/٦ داللو سنة ١٩٦٣ ص ٥٠١ - انظر أيضاً مازو ، مرجع سابق فقرة ١٣٦٨ - ص ٨٠٦، ٨٠٥ .

أجمع الفقه المصري^(١) والفرنسي^(٢) علي أن المنشآت الثابتة غير المباني مثل الجسور والقناطر والخزانات والاتفاق، وغيرها تتحقق فيها مسؤولية مقاول البناء من الباطن لأنها يمكن أن تتعلق بغير المباني من المنشآت الثابتة الأخرى.

أما بالنسبة للمباني التي تكون في مستوي سطح الأرض أو دون مستوي الأرض مثل حفر الآبار وحفر أحواض السباحة ورصف الطرق فرأي غالبية الفقه أنها من قبيل المنشآت الثابتة أيضاً لأنه لا يتعين في المنشآت الثابتة بالمفهوم الواسع أن تكون فوق الأرض بل يصح أن تكون تحت الأرض أو في مستواها^(٣).

٤٥- أما فيما يتعلق بطبيعة التزامات مقاول البناء من الباطن والتي يترتب علي الاخلال بها تحقق مسؤوليته تجاه مقاول البناء الأصلي ، فإنه من

(١) السنهوري ، الوسيط ، مرجع سابق فقرة ٦١ ص ١٠٨ - د/ محمد كامل مرسي ، العقود المسماة ج٤ فقرة ٥٩٦ ص ٤٤٩ طبعة ١٩٥٣م - د/ محمد لبيب شنب، مرجع سابق فقرة ١٠٧ ص ١٢٦ .

(٢) انظر في الفقه الفرنسي : بولي ، مرجع سابق ، فقرة ٣٧٥ ص ٤٢١ - بيجو ، مرجع سابق فقرة ٥ مازو ، مرجع سابق ج ٣ فقرة ١٣٦٨ - ٥ ص ٨٠٦ كوستا ، مسؤولية المعمارين وفقاً لقانون ٤ يناير سنة ١٩٧٨ دالوز سنة ١٩٧٥ ص ٣٦ .

(٣) د/محمد كامل مرسي ، مرجع سابق ، فقرة ٥٩٦ ص ٤٩٩ - السنهوري - مرجع سابق، فقرة ٦١ ص ١٠٨ - نقض مدني مصري ١٩٧٥/٥/٢١ م السنة ٢٦ ق ص ١٠٤٨ (في ضمان سلامة حوض السباحة وساحة لكرة السلة) ، انظر مالان فو وجستار ، القانون العقاري ، فقرة ١٤٤ ص ١٦٩ طبعة ١٩٨٠ .

المعروف أنه طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية يتوقف علي تحديد ما إذا كان المدين (مقاول البناء من الباطن) قد أخل بتنفيذ التزامه أم لا ، ومن ثم تحقق مسؤوليته العقدية ، وتتوقف أيضاً علي طبيعة هذا الالتزام نفسه وما إذا كان التزام بتحقيق نتيجة أو بمجرد بذل عناية.

ونقول : إن مسؤولية مقاول البناء من الباطن تتحقق إذا لم يتم بتنفيذ عمله خالياً من العيوب ، أي يجب عليه أن ينفذه وفقاً للأصول الفنية^(١) ، بمعنى أن مقاول البناء من الباطن يلتزم بتحقيق نتيجة ، أي أنه يكفي أن يقيم مقاول البناء الأصلي الدليل علي وجود العيب دون أن يكلف باثبات الخطأ الذي أدى إلي العيب^(٢) .

(١) V.Fossereau P.23; Mazeaud (H,L,J) PP 80 et 81 No:1070-6 et P.90 et 91 No:1070-10 et P. 102.103 No. 1070-14, Jestaz (ph) G.P. 1969 Précité P.226Col 2.le Bap tonnier Deschizeaux et ledirecteur Francon Cites par Padis (p) GP . 1969 - 1 - doct - p 195 col 2 no 26, Plancoueel (A) notes . Civ 14/12/1964 D 1965 - I - P - 409 - Soinne These Lille precite T.2 -p. 580 et & rappro : Corun R.T 1962 Precite p. 672 no. 5, liet-veaux (G) : apropos de l'arret sogorb . Gp. 1960 - 7 - doct-[.51.

(٢) وقد ذهب البعض الآخر : إلي القول بأن مسؤولية مقاول البناء من الباطن إنما لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ في جانبه أي أنه يلتزم ببذل عناية لأنه مهما بذل من جهد وحرص في تنفيذه لأعمال فإنه لا يمكن اغفال دور المصادفات التي يمكن أن تحدث ويبدو أن القضاء الفرنسي يأخذ بهذا .

هذا وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه بقولها : " إن التزام المقاول هو التزام بنتيجة وهي بقاء البناء الذي يشيده سليماً ومتيناً .. وان الإخلال بهذا الالتزام يقوم لمجرد اثبات عدم تحقق تلك النتيجة ، دون حاجة لاثبات خطأ ما .. (١) .

هذا ويبقى التزام مقاول البناء من الباطن بمعاونة مقاول البناء الأصلي وما يتضمنه من واجب الاعلام والإشارة بالرأي التزاماً ببذل عناية أي انه يكون مجرد التزام بوسيلة (٢) .

(١) نقض مصري ١٩٧٠/٦/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ١٠٦٨ رقم ١٧١ : وفي نفس المعني نقض ١٩٦٥/٦/١٠ نفس المجموعة السنة ١٦ ص ٧٣٦ رقم ١١٧ . بند ٥ .

(٢) Caston .P.No. 49 :Moderne Cite par caston P.38 note 19.lietveaux cite par caston precite, fossereau p.23.
Civ : 10/7/1978 cite par caston .p. 38 note20, et contr : soinne these precite T 2P.571 ets.

المطلب الثاني طبيعة الأعمال الموجبة لمسئولية مقاول البناء من الباطن في الفقه الاسلامي

٤٦- ذكرنا من قبل^(١) أن عقد مقولة البناء لم يكن معروفاً لدي فقهاء المسلمين كعقد مستقل بهذه التسمية ، وإنما كان يعرف ضمن عقود أخرى مسماة في الفقه افسلامي ، فكان عقد مقولة البناء يجمع بين عدة عقود في الفقه الاسلامي هي عقد الاجارة^(٢) ، وعقد الاستصناع (عند الحنفية)^(٣) أو السلم^(٤) (عند الجمهور) .

وبالنظر إلي واقع مقاولات البناء أو البناء من الباطن في هذا العصر نجد أنها تحتوي علي هذين العقدتين فعلا بالإضافة إلي أن هناك عقد آخر لم يذكره الفقهاء ، وهو عقد الجعالة^(٥) .

(١) انظر الفصل التمهيدي من هذا البحث ، ص ٩ بند ٨ وما بعده .

(٢) عقد الاجارة : " عقد علي منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والاباحة بعوض معلوم " انظر كفاية الاخبار في حل غاية الاختصار ، ابي بكر الحسيني ج ١ ص ٥٨٤ ، الطبعة الثالثة ، الشئون

(٣) سبق تعريف الاستصناع ، السلم ، الجعالة في الفصل التمهيدي من هذا البحث ص ١١ وما بعدها .

(٤) سبق تعريف الاستصناع ، السلم ، الجعالة في الفصل التمهيدي من هذا البحث ص ١١ وما بعدها .

(٥) سبق تعريف الاستصناع ، السلم ، الجعالة في الفصل التمهيدي من هذا البحث ص ١١ وما بعدها .

إلا ان الفقهاء اتفقوا علي جواز عقد الاجارة علي العمل ومنه البناء سواء بواسطة مقاول البناء الصلي أو مقاول البناء من الباطن^(١) . ولكن ما هو موقف الفقه الإسلامي من الأعمال التي يقع عليها عقد اجارة الأعمال الموجبة لمسئولية مقاول البناء من الباطن؟

إن عقد مقاوله البناء من الباطن يشتمل علي عقدين مسميين في الفقه الإسلامي هما عقد الاستصناع وعقد استئجار الأجير المشترك^(٢) ، ولذا فإن عقد مقاوله البناء من ابلاطن لدي الفقه الإسلامي يكون محله أعمال البناء أي إقامة البناء والمنشآت الثابته وعليه يجب بيان آراء الفقهاء في الفقه الإسلامي في مفهوم البناء الثابت الذي يكون محلاً لعقد مقاوله البناء من الباطن ، وبالتالي سببا في مسئوليته حيث اختلفت آراء الفقهاء في بيان طبيعة البناء الثابت هل عقاراً أم منقولاً علي الوجه الآتي :

(١) انظر المغني والرشح الكبير - ابن قدامة ، ج٦ ، ص ١٠٥/١٠٦ - البدائع للكاساني ، ج٤ ، ص ١٤٧ الطبعة الأولى ١٣٢٨هـ / ١٩١٠ م مطبعة الجمالية بمصر .
(٢) انظر مجلة هدي الاسلام ، علي عيد أبو البصل ص ٢٣١ صادرة من وزارة الأوقاف الاردنية ، العدد السادس ، المجلد (٣٢) طبعة ١٤٠٨ .

٤٧- آراء الفقهاء في طبيعة البناء:

الرأي الأول:

ذهب إلي أن المنشآت الثابتة هي العقار حيث يشمل البناء والغراس^(١) فالعقار يشمل الغراس ، ويشمل البناء لأنهما متصلان بالأرض اتصال قرار ولأنهما ثابتان غير قابلين للانتقال وهما علي شكلهما ، بل تتغير جالهما فيتحول الغراس الي احطاب ، والبناء إلي أنقاض ، وهذا الثبات يكفي في اعتبارهما عقاراً كالأرض^(٢) .

الرأي الثاني:

ذهب جمهور الفقهاء في معرض حديثهم عن الشفعة إلي أن العقار يشمل الأرض فقط وهو " ما لا يمكن نقله وتحويله من مكانه " والذي لا يمكن نقله وتحويله عن مكانه إنما هي الأرض سواء أكانت أرض زراعية أم معدة للزراعة أو البناء أو أي انتفاع آخر . وما عدا ذلك يعتبر من المنقول لأنه لا قرار له عندهم وإن اتصل بالأرض^(٣) ، ووفقاً لهذا المفهوم فإن البناء الذي

(١) انظر الشرح الكبير ، احمد الدردير ج ٣ ص ٤٧٩ ، دار الفكر بيروت .

(٢) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، أبو زهرة ص ٦٥ دار الفكر العربي سنة ١٣٩٦ سنة ١٩٧٠ .

(٣) جاء في فتح القدير ، احمد افندي ، ج ٧ ص ٤٣٤ " وإذا تهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد ما كالشئ بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن ، لأن البناء والغرس تابع حتي دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلها شيء من الثمن " .

وقال في الهداية ، شرح بداية المبتدي ، شيخ الاسلام المرغيناني ج ٧ ص ٤٧٥ " ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرضة (وهي كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء ، انظر مختار الصحاح - الرازي ص ٣٧٣) وهو الصحيح مذكور في الصل لأنه لا قرار له فكان نقلياً " - انظر روضة الطالبين ، للنووي ج ٥ ص ٦٩ ، المكتب الاسلامي - بيروت - لبنان .

يكون محل عقد مقاوله البناء من ابلاطن لا يعتبر عقاراً إنما يلحق بالمتقول ،
وإذا ثبتت فيه الشفعة إنما يكون بالتبعية للأرض.

والراجع عندي :

ان البناء وما يتصل بالأرض من المنشآت الأخرى ، اتصال قرار
يعتبر هقاراً أصالة ، كما ذهب إلي ذلك أصحاب الرأي الأول ، ولا تتدخل
أحكامه تبعاً للأرض ، كما ذهب إلي ذلك الجمهور.

وسبب الترجيح :

ان البناء وما يتصل بالأرض اتصال قرار لا يمكن إزالته إلا بهدمه
وتغيير صورته تغييراً كلياً ، ولأن في هذا العصر قد تعددت الإنشاءات
الضخمة في تشييد مبان وسدود وخزانات... الخ فأصبحت أحكامها في حاجة
إلي ضوابط عامة تضبطها.

المبحث الثاني

أسباب مسئولية مقاول

البناء من الباطن في نطاق الأعمال

٤٨- يرتبط مقاول البناء من الباطن مع مقاول البناء الأصلي بعقد يحكم العلاقة بينهما وهو عقد مقاوله^(١) ولذا نجد أن العلاقة بينهما تخضع للأحكام الواردة في عقد المقاوله كأبي عقد مقاوله وخاصة أن كلمة مقاوله وردت بصورة مطلقة دون تمييز ، ولذا فإن أحكام عقد المقاوله تنطبق علي المقاوله الأولي (بين رب العمل ومقاوله البناء الأصلي) أو الثانية (المقاوله من الباطن بين مقاول البناء الأصلي ومقاول البناء من الباطن) .

وبالتالي تنطبق علي العلاقة بين مقاول البناء الأصلي ومقاول البناء من الباطن ولكن سنوضح فيما بعد^(٢) أن هناك مسئولية خاصة وأحكام خاصة تنص عليها المادة ٦٥١ مدني مصري تنطبق علي المقاوله الأولي أي التي بين رب العمل ومقاوله البناء الأصلي ولا تنطبق علي المقاول الثانية أي بين

(١) Lie- Veaux : le droit de la construction 7 edition 1982 page 272.

(٢) انظر رأينا في هذه المسألة في هذا البحث تحت عنوان " مدي انطباق المسئولية العشرية علي

مقاول البناء الأصلي ، ومقاول البناء من الباطن وهي ما تسمى بالمسئولية العشرية لأنها وردت بنصوص خاصة وتمثل ضماناً استثنائياً يقع علي المهندس المعماري والمقاول الأصلي.

وعليه فإن مقاول البناء من الباطن يتحمل بالالتزامات العامة التي تقع علي كل مقاول نحو رب العمل فإذا ما أخل بها أو بأحد منها تحققت مسؤوليته تجاه مقاول البناء الصلي ، والالتزامات التي إذا ما أخل بها مقاول البناء من الباطن تحققت بسببها مسؤوليته المدينة تجاه مقاول البناء الصلي هي :

أ- إخلاله بإتجاز العمل علي وجه سليم.

ب- إخلاله بتسليم العمل.

ج- إخلاله بالضمان.

وسوف نتناول كل سبب من هذه الأسباب في مطلب علي الوجه الآتي.

المطلب الأول الاخلال بانجاز العمل علي وجه سليم

٤٩- ان الالتزام الرئيسي الذي يترتب في ذمة مقاول البناء من الباطن هو الالتزام بانجاز العمل حيث تطبق أحكام المادة ٦٥٠ مدني مصري وهي تنص علي أنه إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول قام بتنفيذ العمل علي وجه معيب أو مناف للعقد ، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ.

ومعني ذلك أن مقاول البناء من الباطن عليه أن يقوم بانجاز العمل علي وجه غير مناف للعقد والعبرة هنا بعقد مقاول البناء من الباطن ، ولا يعني ذلك أنه ليس هناك قيمة لعقد البناء الصلي مع رب العمل بل أنه لا يجوز لعقد مقاول البناء من الباطن أن

مقاول البناء الأصلي ، وإلا كان هناك اختلاف في المحل ، ولهذا يجب أن يتناول عقد مقاول البناء من الباطن العمل ذاته أو كله ويجب أن ينفذه وفق التصميم الذي قدمه رب العمل فإذا خالف عقد مقاول البناء من الباطن العقد الصلي في شروطه الجوهرية- وخاصة الواردة في دفتر الشروط في مقاولات البناء إذا وجد هذا الدفتر^(١) - فإنه يقع باطلاً ويفقد وصف العقد من الباطن.

(١) بلانبول وريبرورواست مرجع سابق ، ج ١١ فقرة ١٢٤ ص ١٦٠ .

ولذا نقترح : ان يدرج شرط في عقد مقاول البناء من الباطن يلزم مقاول البناء من الباطن باعتبار عقد مقاوله البناء الأصلي جزءاً لا يتجزأ من الباطن فيما لم يرد ما يخالفه، وهذه هي الوسيلة الوحيدة للزام مقاول البناء من الباطن باحترام عقد مقاوله البناء الأصلي لأنه أجنبي عنه ، فيجب أن يأتي التزامه باحترامه بمقتضى شرط في عقده^(١) ، ولذا نجد أنه من الفائدة تقييد حق مقاول البناء الأصلي في التعاقد من الباطن علي موافقة رب العمل ، ويجب علي المشرع أن يجعل هذا القيد بمقتضى نص القانون ولا يتركه للانفاق .

وأما إذا لم تكن هناك شروط متفق عليها ، وجب اتباع العرف وبخاصة أصول الصناعة والفن تبعاً للعمل الذي يقوم به المقاول فلصناعة البناء أصول معروفة تتجيب مراعاتها دون حاجة لذكرها في العقد^(٢) .

٥٠- وعلي ذلك إذا أخل مقاول البناء من الباطن بالشروط والمواصفات المتفق عليها أو الشروط التي تملئها أصول الصناعة وعرفها وتقاليدها ، وأثبت مقاول البناء الأصلي ذلك تحققت مسؤوليته المدنية تجاهها دون حاجة لأن يثبت مقاول البناء الأصلي خطأ في جانب مقاول البناء من الباطن ، فإن مخالفة هذه الشروط هي ذاتها خطأ^(٣) .

(١) انظر أنور طلبه ، نماذج العقود والتصرفات ، النموذج رقم ١٧٤ .

(٢) انظر السنهوري ، مرجع سابق ، ص ٨١ بند ٣٧ .

(٣) انظر محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، فقرة ٧٠ ص ٩٠ - عكس ذلك ، دي باج ، عقد المقاوله ، الطبعة الثانية بروكسل سنة ١٩٥١ فقرة ٨٨٠ ص ٩٠٧ .

ولا يمكن لمقاول البناء من الباطن أن يتخلص من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي أي أن أخلاله بتلك الشروط إنما كان بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ من مقاول البناء الأصلي أو فعل الغير^(١) . بشرط ألا يكون ذلك مسبوقاً بخطأ منه وإلا كان مسئولاً بقدر هذا الخطأ^(٢)

وذلك لأن التزام مقاول البناء من الباطن بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة التزم بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية ، فلا يكفي لاعتفائه من المسؤولية من التأخيرات يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك^(٣) ، بل عليه أن يثبت السبب الأجنبي حتي تنتفي علاقة السببية وبالتالي لا تتحقق المسؤولية .

٥١- كما يلتزم مقاول البناء من الباطن بأن ينجز العمل في المدة المتفق عليها ، وإن لم يكن هناك اتفاق علي مدة معينة فإن يلتزم بإنجازه في المدة المعقولة ، والتي تسمح بإنجازه وفقاً لطبيعته ومقداره وما يقتضيه من دقة وتبعاً لعرف الحرفة^(٤) .

(١) انظر مازو ، مرجع سابق ، ج ٣ فقرة ١٣٤٧ ص ١١١٥ .

(٢) انظر بلانيول وريبير ورواست ، مرجع سابق ، ج ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦١ - نقض فرنسي ١٨٩٣/٧/٣ دالوز ٣٩-١-٥٩٤ تسيكلوبيدي - دالوز ٣ louage d'ouret et d'ind فقرة ٥٠ .

(٣) انظر د/محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، فقرة ٧٥ ص ٩٣ - بوردي * وقال ، مرجع سابق ، ج ٢ فقرة ٣٨٩٧ ص ١٠٨٤ حيث قال " حتي لو ثبت أن المدة المحددة لم تكن كافية أصلاً لإنجاز العمل فإنه يكون مخطئاً لقبول الالتزام بإنجاز العمل في هذه المدة غير الكافية " .

(٤) انظر السنهوري ، مرجع سابق ن ص ٢٧٣ بند ١٢٢ .

وإن كانت سلطة مقاول البناء الأصلي ومقاول البناء من الباطن مقيدة في هذا الشأن بالتعديل الذي أدخلته المادة ٦ مكرر من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٩٢ حيث نصت لائحته التنفيذية علي أنه " يجب أن يصدر ترخيص البناء بالاسكان متضمناً تحديداً المدة التي يجب علي المالك اتمام البناء خلالها واعداده للسكن بما لا يجاوز خمس سنوات من تاريخ صدور الترخيص المبدئي للمرحلة الأولى^(١) ، ومع مراعاة حكم المادة (٩)^(٢) يتعين علي الوحدة المحلية متابعة استكمال المياني المرخص بها في المدة المحدودة بالترخيص ، وأن تنبه علي ذوي الشأن بكتاب موصي عليه مصحوباً بعلم الوصول فور انقضاء هذه المدة بضرورة استكمال الأعمال خلال المدة التي تحددها بما لا يتجاوز سنة من تاريخ التنبيه.

(١) نصت المادة ٦ مكرر والمضافة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٢ م المعدل للقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ م والمعدل للقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ م علي أنه " يكون الترخيص بتنفيذ الأعمال الواردة بالرخص علي مرحلتين المرحلة الأولى : ويصرح فيها بتنفيذ أعمال الأساسات حتي منسوب أرضية الدور الأرضي ، المرحلة الثانية : ويصرح باستكمال باقي الأعمال المرخص بها إذا التزم المرخص بأحكام القانون ولائحته التنفيذية.

(٢) نصت المادة ٩ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ م فس شأن توصية وتنظيم أعمال البناء علي أنه إذا مضت سنة واحدة علي منح الترخيص ، دون أن يشرع صاحب الشأن في تنفيذ الأعمال المرخص فيها ، وجب عليه تجديد الترخيص ، ويكون التجديد لمدة سنة واحدة فقط تبدأ من انقضاء السنة الأولى ، ويتبع في تقديم طلب التجديد وفحصه والبت فيه الأحكام التي تبينها اللائحة التنفيذية ، وفي تطبيق حكم هذه المادة لا يعتبر شروعاً في التنفيذ اتمام أعمال الحفر الخاصة بالاساسات.

وعلي ذلك : فإن مقاول البناء الأصلي وبالتالي مقاول البناء من الباطن يلتزمان بتلك المدة التي نص عليها المشرع وهي ما تمثل المدة المعقولة من وجهة نظر المشرع فإذا ما أخل مقاول البناء من الباطن بذلك جاز لمقاول البناء الصلي أن يطلب التنفيذ العيني ، كما يستطيع طلب فسخ عقد مقابلة البناء من الباطن ، وله أن يطلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء التأخير في التنفيذ عن الموعد المحدد.

وبمراجعة نص المادة ٦ مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٢ نجد أن المشرع يتجه إلي تقييد الأعمال التي يشملها ترخيص البناء وبالتالي يجب ألا يتفق مقاول البناء الصلي مع مقاول البناء من الباطن علي مدد تزيد عن تلك التي حددها المشرع لاقامة كل مرحلة وإلا ألغيت رخصة البناء وهنا نجد أن المشرع يقوم بتعقيد إجراءات استخراج الرخصة الأمر الذي سيدعوا العديد من الملاك والقائمين باستثمار أموالهم في قطاع الإسكان إلي الهروب بأموالهم من هذا القطاع إلي غيره وبالتالي سيؤدي إلي هروب رأس المال من المباني الأمر الذي سيؤدي بلا شك إلي زيادة المشكلة السكانية وزيادة البطالة لعد استخدام الأيدي العاملة في قطاع الإسكان ، ونري أن هذا التعديل لا أساس له من الصحة

تيسير إجراءات استخراج الترخيص وأيضاً تيسير تنفيذ أعمال البناء وليس العكس.

٥١- وعند الأخلال بهذا الالتزام من قبل مقاول البناء من الباطن يكون لمقاول البناء الأصلي في هذه الحالة تطبيقاً للقواعد العامة . أما أن يطلب التنفيذ العيني بشرط أن يكون ذلك لا زال ممكناً وذلك بواسطة مقاول آخر علي نفقة مقاول البناء من الباطن^(١) .

ويجب أن يعذر مقاول البناء الصلي مقاول البناء من الباطن طبقاً للقواعد العامة ، ويجوز له في حالة الاستعجال كما في الاذن بترميم منزل آيل للسقوط أن ينفذ مقاول البناء الصلي علي نفقة مقاول البناء من الباطن دون ترخيص من القضاء (م ٢٠٩ مدني) ، كما يحق لمقاول البناء الصلي أن يطلب فسخ عقد مقاوله البناء من الباطن إذا كان الاخلال بالالتزام يبرر الفسخ^(٢) ، وللقاضي طبقاً للقواعد العامة أن يجيب مقاول البناء الصلي إلي الفسخ كما أن له أن يمهل مقاول البناء من الباطن حتي يقوم بتنفيذ التزامه ويحق لمقاول البناء من الباطن أن يعرض قبل النطق بالفسخ أن ينفذ التزامه فلا يحكم القاضي الفسخ ولكن يقضي بالتعويض أن كان له محل.

(١) بودري وقال ، مرجع سابق ج ٢ فقرة ٣٩٠١ - انسيكلوبيدي - دالوز ٣ لفظ louage dou et d'ind فقرة ٥٥ - استئناف مختلط ، مايو سنة ١٩٠٦ م ٨ ص ٢٢٣ ز
(٢) نقض مدني مصري ١٩٥٤/٤/٢٢ م مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٩ ص ٧٨٨ .

وسواء طلب مقاول البناء الأصلي التنفيذ العيني أو القسخ ، كان له أن يطلب تعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء اخلال مقاول البناء من الباطن بتنفيذ التزامه بإنجاز العمل وذلك طبقاً للقواعد العامة^(١) .

هذا وقد يكون هناك شرط جزائي متفق عليه فتسري أحكامه^(٢) ، ويجوز تخفيضه إلي مقدار ما تحقق من ضرر ، كما يجوز الاعفاء منه إذا لم يقع ضرر أصلاً^(٣) .

٥٢- وبمناسبة انجاز العمل تتسأل عن يلتزم بتقديم المواد التي يحتاج إليها مقاول البناء من الباطن في تنفيذ العمل ؟ ومن الذي يلتزم باحضار الأدوات والمهمات التي تستعمل في إنجاز البناء؟

بداية نشير إلي أن مقاول البناء من الباطن قد يحتاج إلي أيد عاملة ومساعدين يعاونوه في انجاز العمل ، ففي هذه الحالة تكون أجور العمال والمقاولين علي مقاول البناء من الباطن ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك.

أما بالنسبة للمواد الأولية التي يحتاج إليها مقاول البناء من الباطن ، والأدوات والمهمات التي تستعمل في البناء فالحكم يختلف في الحالين.

(١) جرينويل ١٩٥٦/٥/٣١م داللو ١٩٥٦-١٩٥٦-٤٩١ - انظر محمد لبيب شنب فقره ٧٥ ص ٩٣ هامش ٢ .

(٢) استئناف مصر ١٩٤٠/١١/٣٠ ، المحاماة ٢١ رقم ٢٥٨ ص ٥٧٥ .

(٣) نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٧ ص ٦٤٢ .

٥٣- أولاً : بالنسبة للمواد الأولية:

نجد أن المادة ٦٤٨ مدني مصري نصت علي التزام رب العمل وهو هنا مقاول البناء الصلي بتقديمها لمقاول البناء من الباطن ولو لم يتعهد صراحة بذلك ، ولم يرد ما يخالف حيث لا يتعهد مقاول البناء من الباطن بتحملها إلا إذا تعهد صراحة بذلك . أي أن الأصل : هو تحمل مقاول البناء الأصلي بتقديم المواد الأولية إلي مقاول البناء من الباطن ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.

يتعهد مقاول البناء من الباطن بتحملها إلا إذا تعهد صراحة بذلك أي أن الأصل : هو تحمل مقاول البناء الأصلي بتقديم المواد الأولية إلي مقاول البناء من الباطن ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.

فإذا لم يتعهد مقاول البناء الصلي تجاه رب العمل بتقديم المواد الأولية : فإن المقاول من الباطن لا يصح أن يتعهد بذلك في عقد مقاوله البناء من الباطن حيث يلتزم رب العمل بتقديم المواد الأولية إلي مقاول البناء الأصلي الذي يلتزم بدوره بتسليمها إلي مقاول البناء من الباطن ، ويحق لمقاول البناء من الباطن أن يطالب باسم مدينة رب العمل بتقديمها بطريق الدعوي الغير مباشرة ، فإذا أخل مقاول البناء الأصلي بهذا الالتزام يترتب عليه مسئوليته

المدنية تجاه رب العمل أو تجاه مقاول البناء من الباطن ، ولا يجوز له إستبدالها أو التصرف فيها أو إتلافها لأن ذلك قد يعرضه للمسئولية المدنية والجنائية تجاه رب العمل وهي تتمثل في التنفيذ العيني ، أي إلزامه باحضار مواد من نفس الصنف والجودة مع التعويض عن الضرر إذا ترتب علي ذلك تأخير في إنجاز العمل ، ويجب علي مقاول البناء الصلي أن يقدمها بالكيفية المتفق عليها في عقد المقاولة من الباطن سواء دفعه واحدة أو علي دفعات ، وإذا لم يكن هناك اتفاق علي ذلك فإنه يجب تقديمها بالكيفية التي يقضي بها العرف ، وإذا تخلف عن التسليم كان لمقاول البناء من الباطن أن يدفع بعدم التنفيذ وأن يطلب الفسخ أو يطلب التنفيذ العيني الجبري وذلك باستئذان القضاء في شراء المواد الأولية علي نفقة مقاول البناء الأصلي ، وله في حالة الاستعجال أن يقوم من تلقاء نفسه بالتنفيذ علي نفقة مقاول البناء الأصلي الذي له أن يرجع بدوره علي رب العمل إذا كان الاخلال بالتسليم راجع إليه بمقتضي عقد المقاولة الأصلي وعليه فيما بعد أن يرجع إلي القضاء لاقرار الاستعجال والحصول علي ما انفقه.

وعلي العكس إذا تعهد نقاول البناء الأصلي بتقديم المواد الأولية فإنه يستطيع أن ينقل هذا الالتزام إلي مقاول البناء من الباطن ، لأن ذلك لا يتعارض مع عقد المقاولة الأصلي.

فإذا كان مقاول البناء من الباطن هو الذي تعهد بتقديم المواد الأولية التي يستخدمها كالأدوات الصحية أو الشبابتك أو الطوب أو الأسمنت كان مسئولاً عن جودتها وعليه ضمانتها تجاه مقاول البناء الأصلي ، كما يلتزم بالشروط والمواصفات المتفق عليها في المادة الأولية ، وإذا لم توجد شروط متفق عليها يلزم توافرها في المواد الأولية عليه أن يختار المادة التي تفي بالغرض المقصود في عقد مقاوله البناء من الباطن أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له (م ١/٤٤٧ مدني مصري)، وغذا لم يتم الاتفاق علي درجة الجودة للمواد الأولية أو لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم بأن يقدم مادة من الصنف المتوسط (م ٢/١٣٣ مدني مصري)^(١) .

كما يضمن مقاول البناء من الباطن ضمان العيوب الخفية التي توجد في المادة التي يقدمها حتي ولو لم يكن عالما بوجودها (م ١/٤٤٧ مدني مصري) ولكن لا يضمن عيباً جري العرف علي التسامح فيه^(٢) (م ٤٤٨ مدني مصري).

(١)

(٢)

ولا يضمن مقاول البناء من الباطن العيوب التي كان مقاول البناء الأصلي يعرفها وقت تمام صنع الشيء أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه أو أنه فحص الشيء بعناية الرجل العادي إلا إذا أثبت مقاول البناء الصلي أن مقاول البناء من الباطن قد أكد خلو الشيء من هذا العيب أو اثبت أن مقاول البناء من الباطن قد تعمد إخفاء العيب عساً منه (٢/٤٤٧٦ مدني مصري).

ويجب علي مقاول البناء الصلي عند اكتشافه للعيب أن يخطر به مقاول البناء من الباطن ، والاعتبر قابلاً للشيء بما فيه من العيب (م٢/٤٤٩ مدني) وذلك في الوقت الملائم (م٤٥٠ مدني) ويحق له أن يرجع عليه بالضمان المنصوص عليه في المادة ٤٤٤ مدني مصري.

٥٤- ثانياً : بالنسبة للأدوات والمهمات اللازمة لانجاز العمل:

فإن الأمر فيها يختلف عن المواد الأولية فإنها تقع علي عاتق مقاول البناء من الباطن دون حاجة إلي اشتراط ذلك في العقد ، ما لم يتفق أو يقضي عرف المهنة بخلاف ذلك ، حيث يجب عليه أن يأتي بها علي نفقته سواء كان للعمل مادة تستخدم فيه أو لم يكن.

أما إذا تعهد رب العمل لمقاول البناء الصلي بتقديم الأدوات فعليه التزام بتسليمها بذاتها لمقاول البناء من الباطن ، ويقع التزام علي مقاول البناء من الباطن بتسليمها وإلا كان مخلأ بالتزامه بانجاز العمل ، ولا يجوز في عقد

مقاولة البناء من الباطن الاتفاق علي خلاف تعهد رب العمل سواء كان هذا التعهد مصدره العرف أو الشرط الصريح في عقد مقاولة البناء الأصلي.

إما إذا لم يوجد التزام علي رب العمل بتقديم الدوات والمهمات فإن مقاول البناء الصلي يجوز ان يتعهد بتقديمها ، ويجوز أن يتفق علي تحمل مقاول البناء من الباطن وذلك خلافاً لما جري عليه العرف الذي يضع علي مقاول البناء الصلي التزاماً بتقديمها^(١) .

٥٥- ولكن ما مدي مسئولية مقاول البناء من الباطن بصدد اتمام البناء في

حالة وفاة مقاول البناء الأصلي أثناء اتمامه؟

وما مدي مسئولية ورثته في حالة وفاة مقاول البناء من الباطن؟

بداية تسير إلي أن عقد مقاول البناء من الباطن يرتبط بعلاقة تبعية بعقد مقاول البناء الأصلي مع رب العمل وعلي ذلك فإذا ما توفي مقاول البناء الأصلي فإنه يترتب علي ذلك انقضاء عقد مقاولة البناء الأصلي إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد وبالتالي ينقضي عقد مقاولة البناء من الباطن أما إذا لم تكن شخصية مقاول البناء الأصلي محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل أن يتحلل من العقد إلا وفقاً

(١) انظر مصطفى الجارحي ، مرجع سابق ص ٤٩ .

للحالات التي تطبق فيها المادة ٦٦٣ مدني مصري إلا إذا لم تتوافق في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن سير العمل . وفي هذه الحالة تتحدد حقوق مقاول البناء من الباطن بناء علي نص المادة ١/٦٦٧ مدني عصري والتي تنص علي أنه " في حالة وفاة المقاول الأصلي يجب علي رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما انفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنققات .

هذا ويجب علي تركة مقاوله البناء الصلي إن ترد بدورها هذه المبالغ إلي مقاول البناء من الباطن لأنه قام بهذه الأعمال بسبب عقد مقاوله البناء من الباطن ، وذلك بشرط الا يثري مقاول البناء من الباطن من وراء ذلك شيئاً . ويحق لرب العمل أن يطالب بتسليم المواد التي أعدها والرسوم التي بدء في تنفيذها علي أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً (م/٦٦٧ ٢ مدني مصري) .

أما إذا لم ينقض العقد الأصلي ولم يحدث تحلل منه ، كأن يستمر العقد لصالح وريثة مقاول البناء الصلي ، فإن عقد مقاوله البناء من الباطن لا يفسخ بل يستمر لصالح الورثة .

أما في حالة وفاة مقاول البناء من الباطن : فإن عقد مقاوله البناء من الباطن يلحقه انفساخ أو يتحلل منه مقاول البناء ، وذلك لاستحالة تنفيذه بسبب

أجنبي ، ويجب علي مقاول البناء الأصلي أن يدفع لتركة مقاول البناء من الباطن قيمة ما تم اتجازه من الأعمال وما انفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والتفقات ، ولا يترتب علي انفساخ أو تحلل مقاول البناء الأصلي من عقد مقاوله البناء من الباطن بطلان أو انفساخ عقد مقاوله البناء الأصلي مع رب العمل لن عقد مقاوله البناء من الباطن تابع لعقد مقاوله البناء الصلي وليس العكس.

اما في حالة وفاة رب العمل : فإن عقد مقاول البناء الأصلي يستمر لصالح الورثة ، وكذلك يستمر بالتالي عقد مقاوله البناء من الباطن أن محل العمل وهو إقامة البناء لا يتعلق بشخص رب العمل.

٥٦- قد يعترض مقاول البناء من الباطن أسباب تجعل تنفيذ العقد بالنسبة له مستحيلًا فهل ينفسخ العقد في هذه الحالة وفقاً لظاهر نص المادة ٦٦٤ مدني مصري والتي تنص علي أنه ينقضي عقد المقاوله باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه؟

إذا ما نظرنا إلي ظاهر نص المادة ٦٦٤ مدني مصري نجد أنها اتاحت انقضاء العقد حتي ولو كانت الاستحالة نسبية ولكننا نري أنه يجب مراعاة القواعد العامة والتي تشترط أن تكون الاستحالة مطلقة وهو الرأي

الراجح في الفقه حتى ينقضي عقد مقاوله البناء من الباطن وذلك على أساس انفساخ العقد أما إذا كان الاستحالة نسبية فلا يترتب عليها انقضاء العقد ويمكن للمقاول الأصلي أن يطالب بالتنفيذ العيني وذلك على نفقة مقاول البناء من الباطن.

أما إذا كان التنفيذ ممكناً ولكنه بسبب إرهاباً لمقاول البناء من الباطن فإنه لا يترتب على ذلك انقضاء العقد ولكن نكون بصدد تطبيق نص المادة ٤/٦٥٨ مدني والتي تنص على أنه إذا أنهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعي بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاوله ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد " هذا ويمكن في ظل هذا النص الخاص أن يرجع القاضي أيضاً إلي النص العام لنظرية الظروف الطارئة لأنه نص متعلق بالنظام العام حيث جاء في المادة ٢/١٤٧ بأنه " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلأ صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلي الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق علي خلاف ذلك.

المطلب الثاني الاخلال بالتزام تسليم العمل

٧٥- يترتب علي إخلال مقاول البناء من الباطن بالتزامه بتسليم العمل لمقاول البناء الأصلي مسؤوليته العقدية تجاه مقاول البناء الأصلي، فالتزام مقاول البناء من الباطن بتسليم العمل التزام مستقل عن التزامه بانجاز العمل ، ويقصد به أن يخلي مقاول البناء من الباطن بينه وبين المبنى الذي تحت يده وفي حيازته بعد تمام انجازه ليكون تحت تصرف مقاول البناء الأصلي ، بحيث يستطيع أن ينفذ التزامه بتسليمه بدوره إلي رب العمل تنفيذاً لحقد الماقولة الأصلي.

والالتزام بتسليم العمل الالتزام مستقل عن التزام بانجاز العمل - كما سبق الذكر - فالأخير التزام يتولد عن العقد وغير مضاف إلي أجل إلا إذا اتفق علي أجل ، فيجب أن يبدأ مقاول البناء من الباطن بتنفيذ العمل ، ثم بعد إتمام انجازه في المدة المحددة او حسب ما يجري به عرف المهنة إذا لم تكن محددة يأتي الالتزام بالتسليم ، فهو يعني المدة التي يجب أن يتم فيها الانجاز ويتم فيها تسليم العمل ، وهذا هو المقصود بميعاد التسليم.

ولقد اشار المشرع في الجمع بينهما في نص المادة ٦٥٥ مدني مصري بقوله " متي اتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب علي هذا أن يبادر إلي تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات ، فإذا أمتنع دون سبب مشروع عن التسلم ، رغم دعوته إلي ذلك بإنذار رسمي أعتبر أن العمل قد سلم إليه " ، ولم تكن المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي صريحة في معني هذا الالتزام صراحة النص المصري ، إلا انه يمكن أن يفهم منها أيضاً بأنها تقضي بأن التسليم يتم بناء علي طلب الطرف صاحب المصلحة في التعجيل به " وهو هنا غالباً مقاول البناء من الباطن وذلك بشكل ودي وإلا فقضائي.

ومدة انجاز العمل عادة تكون محددة في العقد ، أو تكون حسب عرف المهنة إذا لم تكن محددة^(١) أي في هذه الحالة يجب أن يتم التسليم في موعد معقول ، ويراعي في تحديده طبيعة العمل ، وما يستغرقه عادة من الوقت ، وإمكانيات مقاول البناء من الباطن المعلومة لمقاول البناء الأصلي ، والغرض المقصود من المقابلة إذا كان مقاول البناء من الباطن يعلم به.

(١) انظر د/السنهوري ، الوسيط ، مرجع سابق ، ص ٢١٧ .

ولا يشترط لتمام التسليم أن يضع مقاول البناء الأصلي يده فعلاً عليه ما دام مقاول البناء من الباطن قد أعلمه بذلك.

وإذا كان تسليم العمل بعد إتمامه يمثل التزاماً يقع على جانب مقاول البناء من الباطن في عقد مقابلة البناء من الباطن ، حيث يلتزم بأدائه في الزمان^(١) والمكان^(٢) المحددين اتفاقاً في عقد مقابلة البناء من الباطن ، او رعفاً ، وهو يتم بوضع العمل بعد أنجازه تحت تصرف مقاول البناء الصلي بحيث يستطيع الأخير الاستيلاء عليه ، وممارسة كافة حقوقه المتعلقة به دون عائق مادي او قانوني^(٣) ، فإنه طبقاً للمجري العادي للأمر ، والالتزاماً بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يلتزم مقاول البناء الأصلي من جانبه بتسليم العمل

(١) وقت التسليم قد يتحدد اتفاقياً بين الأطراف وبالتالي يلتزم مقاول البناء من الباطن بهذا الوقت (السنهوري الوسيط ج ١/٧ بند ٤٣ ص ٧٦ وما بعدها وقرة ٥٠ ص ٨٩ وما بعدها وقد لا يكون قد حدد ميعاد التسليم وإنما حدد في العقد موعداً للإنتهاء من تنفيذ العمل فيجب أن يتم التسليم فور الإنتهاء (محمد اييب شنب : مرجع سابق ، بند ٨١ ص ١٠٠ وانظر تعليق بويلي علي نقض فرنسي مدني الدائرة الثالثة في ١٠/٣/١٩٨٠م ثمجل التفصيله للقانون العقاري ١٩٨١ - ٢ ص ٢٢٦). ولكن قد يحدث أن لا يحدد الأطراف (مقاول البناء الأصلي ومقاول البناء من الباطن) ميعاداً للتسليم ولا موعد الانجاز العمل ، فيجب أن يتم التسليم في موعد معقول يراعي في تحديده ظروف الحال ومتطلباته وما جري عليه عرف التعامل (محمد اييب شنب، مرجع سابق ققرة ١٢٧ ص ١٥٣).

(٢) من خصائص محل التزام مقاول البناء من الباطن أنه عقار ومن خصائصه الثبات والاستقرار علي الأرض فلا يتصور الاتفاق علي تسليمه في مكان غير مكان وجوده (السنهوري، الوسيط ، ج ١، ص ١٠٧، بند ٨٣ ص ١٥١).

بعد إنجازه ، وذلك بوضع يده عليه - فعلا او حكماً (وذلك في حالة تراخي وإهمال مقاول البناء الأصلي في التسلم وتوجيه انذاراً رسمياً من مقاول البناء من الباطن يدعوه للاستلام) - بحيث تبرا ذمة مقاول البناء من الباطن من التزامه قبله، ولكي يترتب علي التسليم آثاره القانونية يجب أن يقترن به تسلم من قبل مقاول البناء الأصلي سواء كان هذا التسليم فعلياً او حكماً ، فكل من الالتزامين مرتبط بالآخر وكلاهما وجهان لعملة واحدة.

وعلي ذلك يمكن القول بان التسلم من جهة مقاول البناء الأصلي - فعلياً أو حكماً - هو الذي يجعل عملية التسليم ترتب آثارها القانونية من براءة ذمة مقاول البناء من الباطن ولو مؤقتاً وانتقال الشيء محل التسليم إلي حيازة المتسلم (مقاول البناء الأصلي) بشرط أن تكون الأعمال صالحة في مجموعها لكي تسلم إليه حتي لا يكون لمقاول البناء الأصلي عذر يبرر امتناعه عنه⁽¹⁾ .

وبعد أن وضحنا بيان مفهوم التسليم فيمكن لنا أن نوضح الطبيعة القانونية للتسليم والتسلم ثم صور أو أشكال التسليم وأخيراً آثاره القانونية علي الوجه الآتي:-

(1) كأن يكون للعمل به عيوب أو غير تام أو قبل الميعاد ، ونري أنه يجب أن تكون أسباب الامتناع عن التسليم مثبتة بورقة رسمية بحيث تكون رداً علي الانذار الرسمي الذي أرسله مقاول البناء من الباطن لمقاول البناء الأصلي لتسلم العمل . أمام إذا لم تكن هناك أسباب مشروعة فإن النص في المادة ٤٣٥ مدني مصري يعتبر أن العمل قد سلم إليه.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للالتزام بالتسليم والتسلم

٨٥- لنا في البداية أن نتساءل ما هي الطبيعة القانونية للالتزام بالتسليم من

جهة مقاول البناء من الباطن ، التسلم من جهة مقاول البناء الأصلي؟

إن الفقه الفرنسي قد اختلف في هذه المسألة إلى ثلاثة اتجاهات:

٥٩- الاتجاه الأول : ذهب إلى النظر للتسليم علي انه مجرد واقعة مادية أو

عمل مادي ، أي أنه واقعة قانونية وليس عملاً قانونياً ، أي أنه مجرد

وسيلة فنية عادية للتثبيت من إعطاء^(١) الأعمال لمقاول البناء الأصلي^(٢) .

وقد استند هذا الاتجاه في تأييد رأيه علي تفسير معني الوفاء باعتباره

وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام في القواعد العامة ، حيث يرتب المشرع

أثراً علي الوفاء ، وهو إبراء ذمة المدين (مقاول البناء من الباطن)، طالما أن

المدين قد وفي بالتزامه مطابقاً تمام لما تعهد به في مواجهة الدائن، ويتطبيق

هذا المفهوم علي عملية التسليم التي يلتزم بها مقاول البناء من الباطن نجد ان

أصحاب هذا الرأي يرون أن عملية التسليم ليست هي التي تعفي مقاول البناء

من الباطن ، لأنها لا تثبت سوي مجرد تنفيذ لالتزامه ، وليس مطابقة ما نفذه

(١) Boubli : "une banale technique de constatation de la delivrance" 1971 Precite No8.

(٢) Saint-Alary ® : Droit de la construction - ed 1982.p.142.

من أعمال لما تعهد به في مواجهة متاول البناء الأصلي ، وبالمقابلة فإنه حتي بدون تسليم للأعمال ، يكفي مجرد ثبوت هذه المطابقة حتي تبرأ ذمة متاول البناء من الباطن بإرادة المشرع نفسه ، بما يعني أن اعلان إرادة متاول البناء الأصلي في معني الموافقة علي الأعمال المنفذة لا يضيف جديداً في هذه الحالة⁽¹⁾ بل يقتصر دوره علي أن يسمح للقانون بإنتاج آثاره ، فهو لا يعتبر قد باشر عملاً قانونياً إلا عندما يرفض التسليم أو يقرر وضع تحفظات لأنه بذلك يرجىء النتائج القانونية للتسليم.

ولكننا نري : أن وقوف انصار هذا الرأي عند الجانب المادي لعملية التسليم فقط مجرد افتراض نظري يخالف الواقع ، ولا يتفق مع مقتضيات المنطق القانوني السليم فقولُه بان الآثار التي تترتب علي واقعة التسليم ، ليس للإرادة فيها دخل ، وإنما للقانون وحده هو الذي ينشئها ويرتبها علي تلك ، فإننا يمكن ان نرد علي ذلك بدفعين:

الأول : أننا نجد ان أصحاب هذا الرأي يتناقضون مع أنفسهم وذلك باقراراهم لدور الإرادة عند الرفض أو التسليم مع التحفظ وينكرون دورها عند التسليم بدون تحفظات ، مع ان الإرادة واحدة في الحالتين.

(1) انظر في عرض هذا الرأي : Boubli, 1971 , precite 170 SP.153-157.

الثاني : إذا كان القانون مصدر كل الالتزامات والتعهدات ، ولكنه المصدر اليعيد لها ، ولا شك أن هناك مصادر أقرب منه منها الإرادة ، فلا يجب انكار مالها من دور في هذا الشأن^(١) .

٦٠- **زما الاتجاه الثاني** : فيري أن التسليم اتفاق منقصل عن العقد الأصلي (عقد المقاولة من الباطن):

ذهب البعض من الفقه^(٢) إلى ان التسليم هو اتفاق مستقل ومتميز عن العقد الأصلي (عقد المقاولة من الباطن) وهو المنعقد بين مقاول البناء الأصلي ، ومقاول البناء من الباطن ، أي أننا يصدد عقدين متعاقبين مستقلين ومتميزين عن بعضهما ، حيث يقوم عقد التسليم علي انقضاء عقد مقاولة البناء من الباطن ، وأن اتفاق التسليم الذي يقوم بين ذات الأطراف ويوقع منهم يترتب عليه آثاره وهو انقضاء الالتزامات التعاقدية وفقاً للقانون العام للعقود^(٣) .

(١) السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ط ٢ سنة ١٩٦٤م ، دار النهضة العربية فقرة ٩٠٢ ص ١٤٣٨ ، د/

(٢) انظر عرض هذا الرأي والتطبيق عليه، مدام ماري رينو تسلم الأعمال في قانون التشييد la reception des travaux en droit de la construction المدنية Revue Droit et ville ١٩٨١ فقرة ١٤ ص ١٠٨ وما بعدها . انظر أيضاً سوان soinne مسئولية المهندسين المعماريين والمقاولين بعد تسلم الأعمال ، رسالة من ليل ١٩٦٩ ج ٢ ص ٥٣٤

(٣) Saint - Alary

ويستند انصار هذا الاتجاه في تأييد رأيهم إلي أن قيام مقاول البناء من الباطن بمطالبة مقاول البناء الأصلي بتسليم الأعمال إنما يعتبر ذلك بمثابة إيجاباً بالوفاء ما دام أن هذا الأخير هو تنفيذ قصدي للالتزام ، وهو ما يحدث تماماً حيث أتم مقاول البناء من الباطن البناء ، ومن ثم نفذ التزامه عن طريق وفاء بتسليم الأعمال وهذا الوفاء يجب أن يكون مقبولاً ، وإلا أن نكون بصدد وفاء وبقبول الإيجاب بالوفاء يظهر هذا الرضا ، فالتسليم إذن هو قبول للوفاء من جانب مقاول البناء الأصلي^(١) .

ويعيب هذا الاتجاه : انه يجعل عملية التسليم والتسليم عملية حضورية ، تتم بين مقاول البناء من الباطن ، مقاول البناء الأصلي ، وبالتالي لا يستجيب لحالة التسليم الحكمي المنصوص عليها في المادة ٦٥٥ مدني مصري حيث يتمتع مقاول البناء الأصلي دون سبب مشروع عن تسليم الأعمال التي تمت ، رغم دعوته إلي ذلك بانذار رسمي إذ يعتبر العمل في هذه الحالة قد سلم إليه ، في حين أنه ، واقعياً لم يظهر رضاه بالأعمال المنفذة^(٢) .

(١) Saint-alary :ed 1977 P.573.

(٢) مدام ماري رينو : المقال السابق فقرة ١٤ ص ١٠٨ وما . 113 No 75 Caston (١) بعدها .

٦١- وأما الاتجاه الثالث: فيري أصحاب هذا الاتجاه أن التسليم والتسليم والعمل قانوني انفرادي من كلا الطرفين (مقابل البناء من الباطن) مقابل البناء (الأصلي).

حيث يرون أن التسليم ما هو إلا تغيير عن إرادة منفردة لمقاول البناء من الباطن يعني به انتهائه من إنجاز العمل وفقاً للمواصفات المطلوبة، في حين أن تسلم مقاول البناء الصلي للأعمال مكتملة ما هو أيضاً إلا تغيير عن إرادة منفردة من جانبه في معني موافقته علي هذه الأعمال ، وإقرار منه أنها قد نفذت بشكل مطابق للمواصفات المطلوبة^(١).

هذا ويرى أنصار هذا الاتجاه أن الطابع الانفرادي لكل من عملية التسليم والتسليم لا يتعارض مع ما اقتضاه المشرع الفرنسي من أن التسليم يجب أن يكون حضورياً وبنء علي طلب الطرف الأكثر حرصاً فهذه أمور تتعلق بكيفية التسليم وليس بطبيعته القانونية^(٢) ، فتسليم الأعمال هو في حقيقته

(١) Mazeud (H.L.J) :PP . 81 No 1070-6 et pp 84, 85 No 1070-8

- LaBin (J edouard) La responsabilite des archiitectes et son assurance.

These paris, 1978,P.106.

(٢) Costa (JL.) : la responsabilite des constructeurs d'apres la loi du 4 Janvier 1978 D. 1979 chr-p. 40-41.

- Caston : la responsabilite des constructeurs p. 74 No 112 2ed

(٢) انظر جودميه " تسلم الأعمال في القانون المتظم لتأمين البناء
la Reception de l'ouvrage dans la loi refomant l'assurance-construction "M>T.P. et du Bat 23-Avril-1979-No105.

العمل القانوني الصادر بإرادة منفردة هي إرادة مقاول البناء من الباطن ،
وتسلم الأعمال أيضاً عمل قانوني صادر بإرادة منفردة من قبل مقاول البناء
الصلي ويتم حضورياً^(١) .

وقد استند أنصار هذا الرأي إلى الحجج الآتية في تأييد رأيهم^(٢) .

أ- أن المادة رقم ٦/١٧٩٢ فقرة أولي مدني فرنسي نصت علي أن التسليم هو
" العمل الذي عن طريقه يقر رب العمل بقبوله الأعمال ... وصياغة
النص توحى بأن التسلم هو عمل رب العمل (مقاول البناء الصلي) وبالتالي
يفهم منه بطريقة اللزوم انصراف إرادته إلي اعتبار التسلم عمل قانوني
صادر عن إرادة رب العمل (مقاول البناء الأصلي) المنفردة^(٣) ، ولا دخل
لإرادة المقاول (مقاول البناء من الباطن) في ذلك ، والعكس صحيح بان
التسليم أيضاً تصرف ارادي منفرد صادر من مقاول البناء من الباطن ولا
دخل لمقاول البناء الأصلي (رب العمل) في ذلك.

(١) مالفورجستاز : مقال : قانون ١٢ لسنة ٨٧ المتعلق بالمسئولية والتأمين في مجال البناء

"الاسبوع القانوني" ١٩٧٨ - ١ - ٢٩٠٠ - فقرة رقم ٨ .

(٢) انظر في عرض هذه الحجج د/ عبد الرازق حسين يس ، مرجع سابق ،
ص ١٦٥ ، ١٦٦ .

(٣) جودبيه ، مقال سابق ، ص ١٠٥ رقم ١٧ .

ب- ويؤيد المفهوم السابق الأعمال التحضيرية لنص المادة ٦/١٧٩٢ حيث ينص مشروع الحكومة علي أن " الأطراف يحددون في اتفاق عام التاريخ المراد الاتفاق عليه لانجاز الأعمال " ولكن عدل النص بناء علي اقتراح مقرر اللجنة التشريعية بمجلس الشيوخ بحذف عبارة " اتفاق عام للأطراف " وأقره المجلس بعد الحذف.

٦٢- ولكننا لا نتفق مع أصحاب هذا الاتجاه في النظر إلي التسليم والتسليم علي أن كل منهما تصرف قانوني منفرد ، لأنه من المعلوم أن عقد المقولة من الباطن من العقود التبادلية حيث يلزم فيه مآول البناء من الباطن بتسليم الأعمال بعد إنجازها وإتمامها ، ومقابل ذلك الالتزام التزاماً آخر علي مآول البناء الأصلي ، وهو التزامه بتسلم العمل والقيام بمعاينته وفحصه والتأكد من مطابقة التنفيذ للمواصفات المطلوبة في العقد فتسليم مآول البناء من الباطن للأعمال التزام تعاقدي يستند في أساسه القانوني إلي عقد المقولة من الباطن ، وليس خارج عنه ، وكذلك التزام مآول البناء الأصلي بتسلم العمل التزام تعاقدي يجد أساسه في عقد المقولة من الباطن ، ومن المعلوم أن الالتزامات التعاقدية التزامات صادرة بناء علي توافق إرادتين أو أكثر في صلب عقد مقولة البناء من الباطن ، ولا يمكن اعتبارها التزامات صادرة من جانب واحد.

وبالتالي لا يمكن القول بأن تسليم مقاول البناء من الباطن للعمل بعد انجازه طبقاً للمواصفات الفنية المطلوبة في عقد مقاوله البناء من الباطن هو عمل قانوني صادر عن ارادة منفردة ، وكذلك لا يمكن القول بأن تسلّم مقاول البناء الأصلي هو عمل قانوني صادر عن إرادة منفردة لأن تنفيذ كلاً منهما لهذين الالتزامين إنما هو تنفيذاً لالتزامات مفروضة عليهما بمقتضى عقد مقاوله البناء من الباطن والموقع منهما ، وإلا فكيف يجبر مقاول البناء من الباطن مقاول البناء الأصلي علي تسلّم العمل ، والعكس أيضاً كيف يجبر مقاول البناء الأصلي مقاول البناء من الباطن بضرورة تسليم العمل بعد انجازه؟

ولو كان التسليم عمل إرادي منفرد فمن غير المتصور أن يجبر مقاول البناء من الباطن علي اتيان عمل بإرادته المنفردة ، وعلي غير إرادته ، وهو مكره علي ذلك ، والعكس أيضاً صحيح بالنسبة لمقاول البناء الأصلي فلا يجبر علي اتيان عمل بإرادته المنفردة.

وعلي ذلك يمكن لنا القول : بعد العرض السابق لبيان رأي الفقه في الطبيعة القانونية للتسليم ، بأن التسليم وإن كان عمل قانوني ، وليس مجرد واقعة قانونية إلا أنه ليس صادر عن إرادة منفردة ، وإنما هو صادر عن

التزام تعاقدِي يقوم به مقاول البناء من الباطن بمقتضي عقد مقابلة البناء من الباطن المبرم بينه وبين مقاول البناء الأصلي ، ويجد أساسه القانوني فيه طبقاً لما اتفق عليه أطرافه ، فلا هو صادر عن إرادة منفردة ولا عن اتفاق آخر مستقل عن عقد المقابلة للبناء من الباطن ، بل هو عمل قانوني صادر عن إرادة مشتركة انصبت في عقد مقابلة البناء من الباطن.

الفرع الثاني

صور وطرق التسليم

٦٣- إن التسليم الذي يقوم به مقاول البناء من الباطن للمقاول الأصلي غالباً ما يكون في شكل صريح (قد يكون رضائياً بين أطرافه أو قضائياً إذا تخلف عنصر الرضا)، أو ضمني يستخلص من ظروف يمكن أن تتأثر بعامل الزمن فيجري التسليم بطرق متعددة، وهذه الطرق يمكن أن تتأثر بعامل الزمن فيجري التسليم مرة واحدة، وأخذاً بمبدأ وحدة التسليم أو علي مرتين أخذاً بمبدأ ازدواجية التسليم حيث يتم مؤقتاً أولاً ثم نهائياً ثانياً، كما قد يتأثر بعامل الكم فيكون التسليم كلياً أو جزئياً.

وعلي ذلك سنتناول بيان صور التسليم أولاً ثم نتناول بعد ذلك طرق

التسليم.

أ- صور التسليم

٦٤- ذكرنا أن التسليم قد يكون في صورته صريحاً سواء كان رضائياً أو قضائياً عند تخلف عنصر الرضا، وقد يكون ضمناً يستخلص من ظروف الحال وسوف نتناول بيان التسليم الصريح بشقيه والتسليم الضمني علي الوجه الآتي :

٦٥- أولاً : التسليم الصريح:

وهو إما ان يكون رضائياً أو قضائياً علي النحو التالي :

١- التسليم الرضائي: إن لمقاول البناء من الباطن مصلحة في ان يوجد لنفسه دليلاً كتابياً علي تسليمه الأعمال محل المقولة من الباطن لمقاول البناء الصلي ، حيث جرت العادة علي أن يحرر محضر بهذا التسليم يوقع عليه مقاول البناء الصلي أساساً ، وفي هذه الحالة يقال أن التسليم قد تم صراحة ، ولا تكاد تثور مشكلة بصدر التسليم الصريح من جهة مقاول البناء الأصلي سواء في القانون المصري أو الفرنسي ، وذلك إذا ما تم رضائياً بين أطرافه وذلك في حضورهم وبالشكل الذي يرونه محققاً لمصالحهم ، فإذا ما تحقق التسليم الصريح بمقتضي محضر يثبت التسليم والتسلم فلا يشترط في هذا المحضر أي شكل خاص سواء في القانون المصري أو في القانون الفرنسي^(١) ولا شك أن من يطلب التسليم والتسلم هو ما تقوم له مصلحة في طلبه ، وهو غالباً ما يكون مقاول البناء من الباطن ، لما يترتب علي ذلك من آثار أهمها اعفائه من المسؤولية عن العيوب الظاهرة، ونقل الحراسة منه إلي مقاول البناء الأصلي ، وأيضاً يستحق أجرته لدي مقاول البناء الأصلي وسنتناول هذه الآثار فيما بعد بالتفصيل.

(١)Caston : PP. 84 et 85 no 131 .

هذا وتقتضي صراحة نص المادة ٦٥٥ مدني مصري^(١) ، نص المادة ٦-١٧٩٢ من قانون ٤ يناير سنة ١٩٧٨ الفرنسي^(٢) لكي تكون بصدد تسليم رضائي أنه متي أتم مقاول البناء من الباطن البناء المسند إليه إنشاؤه وجب عليه أن يضعه تحت تصرف مقاول البناء الأصلي "رب العمل وأن يخطر به بذلك بأي وسيلة يتحقق به علمه اليقيني بأن العمل قد أنجز ووضع تحت تصرفه ليتسلمه ، وبذلك يكون مقاول البناء من الباطن قد نفذ التزامه بالتسليم ، ولو لم يتسلم مقاول البناء الأصلي "رب العمل" الشيء^(٣) ، وهنا يجب علي مقاول البناء الأصلي "رب العمل" طبقاً لصريح النص أن يبادر إلي تسليمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات ، ويتم هذا طبقاً للمجري العادي للأمر سواء بإنتقاله شخصياً أو بواسطة موكله.

ولا يختلف الوضع في فرنسا عنه في مصر حيث يضع مقاول البناء من الباطن العمل بعد إنجازه تحت تصرف مقاول البناء الأصلي "رب العمل" ، ويخلي بينه وبين مقاول البناء الصلي ويسلمه المفاتيح^(٤) بقصد تمكنه من معاينته العمل وفحصه.

(١) نصت المادة ٦٥٥ مدني مصري علي أنه "من أتم المقاول العمل ووضع تحت تصرف رب العمل ، وجب علي هذا أن يبادر إلي تسليمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات ، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسليم رغم دعوته إلي ذلك بإتذار رمسي اعتبر أن العمل قد سلم إليه".

(٢) نصت المادة ٦-١٧٩٢ من قانون ٤ يناير سنة ١٩٨٧ مدني فرنسي بأنه " يتم بناء علي طلب الطرف صاحب المصلحة في التعجيل به وذلك بشكل ودي إلا قضايتي (-) .

(٣) د/ السنهوري ، الوسيط ، ج ١/٧ بند ٤٩، ٨٩، ٨٤ ص ١٥١ - د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، بند ١٢٦ وما بعده ص ١٥٠/١٥١ .

(٤) مدام ماري رينو ، مقال سابق ، بند ٣٠ ص ١٢٢ - كاستون - تسلم الاعمال الخاصة Lareception des travauxprives الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٦٩ ص ٧٩٤ .

هذا ولا تخرج الأوضاع في التسليم عن أمور ثلاثة : إما أن يتسلم مقاول البناء الأصلي العمل دون إيداء ملاحظات وذلك إذا كانت المباني مطابقة للأصول الفنية المطلوبة أو أن يجد بعض العيوب البسيطة التي لا تمنع التسلم والتي يضمنها محضر التسليم والتسلم^(١) أو أن يري العيوب من الجسامة بحيث يمتنع معها التسليم والتسلم إلا بعد أن تزال كافة العيوب التي تضمنتها الأعمال والتي جعلت تسلمها أمراً غير مستساغ ولا مقبول.

ولكن قد لا يتم التسلم الصريح رضائياً حيث يتخلف عنصر الرضا ، وهنا يختلف مقاول البناء من الباطن مع مقاول البناء الأصلي "رب العمل هنا" ويلجأ إلي القضاء وهنا يتم التسليم الصريح في صورة التسليم القضائي.

٢- التسليم القضائي:

يلجأ إلي التسليم القضائي في حالة عدم وجود اتفاق بين مقاول البناء الأصلي ومقاول البناء من الباطن ، وذلك لأعمال الحقيقة فيه ، وذلك عن طريق صاحب المصلحة ، وهو في الغالب مقاول البناء من الباطن ، وليس هناك ما يمنع من أن يلجأ مقاول البناء الأصلي نفسه إلي القضاء لإجبار

(١) نقض فرنسي (الدائرة الثالثة مدني) في ١٧ يوليو ١٩٨١م جازيت دي باليه ١٩٨٢-
الجانوراما ص ٧٧ ، في ٧ من يونيو ١٩٧٨ داللز اخطارات سريعة informao
rapides ص ٥٠٢ .

مقاول البناء من الباطن علي تسليمه العمل ، وذلك عندما يتباطأ في التسليم أو يرفضه، وهذا ما يتفق ونص المادة ٦/١٧٩٢ ققرة (أ) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص علي أن التسليم يتم بناء علي طلب صاحب المصلحة في العجيل حيث يتم رضائياً أو قضائياً عند تخلف الرضا".

وقد حاول بعض الفقه الفرنسي تحديد نطاق التسليم القضائي بالمخالفة لنص المادة السابقة التي جاءت مطلقة بقوله : بأن نطاق التسليم القضائي يقتصر علي حالة رفض المقاول الأصلي تسلم العمل من مقاول البناء من الباطن بدون أي سند قانوني^(١) ، ولكن هذا التحديد لنطاق تسليم العمل إنما هو تحديد بدون مبرر وليس له أس سند قانوني من نص المادة المذكورة سابقاً.

وهذا وينعقد الاختصاص بالفصل في النزاع بين مقاول البناء من الباطن ومقاول البناء الأصلي أما للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو لمحكمة موطن المدعي عليه ، وإن اختلفا كان الاختصاص لإحدهما وفقاً لما يراه المدعي^(٢) ، وليس هناك ما يمنع من رفع الدعوي المستعجلة أمام قاضي

(١) انظر مادام ماري رينو ، مقال سابق ، بند ١٤٨ ص ١٣٣ ، حيث تري أن النزاع يحمل أولاً إلي التحكيم طبقاً للمادة ١٨ * 1072 oolde , N.F.P. 03 كاستون مقال :

Les Textes d'application de la loi 78-12 sur la responsabilite et l'assurance de la construction "A.J.P.I 1979 P.5.

(٢) م ٢/٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، د/ فتحي دالي ، قانون القضاء المدني ج ١ ط ١٩٧٢ بند ٢١٢ ، ٢١٣ ص ٤٩٨ وما بعدها - وكذا ص ٥١٥ والبند ٢/٢٢٥ ص ٥١٧ وما بعدها.

الأمر المستعجلة إذا توافرت ظروف الاستعجال ولم يكن هناك نزاع جدي متعلق بالموضوع^(١) .

امام بالنسبة لمدي سلطة القاضي في الفصل في النزاع فقد أشارت إلي ذلك المادة ٦٥٥ مدني مصري والتي تعتبر أن العمل قد سلم إلي رب العمل (مقاول البناء الأصلي هنا) إذا امتنع هذا عن تسلمه دون سبب مشروع رغم دعوته إلي ذلك بانذار رسمي، وبالتالي فإن القاضي سيصدر حكمه تطبيقاً لهذا النص بأن العمل قد سلم إلي المقاول الأصلي حتي ولو لم يتسلمه فعلاً^(٢) ، بمعنى أن إرادته قد حلت محل إرادة مقاول البناء الأصلي المتخلف عن تنفيذ التزامه بالتسلم وذلك بإعلان التسلم بدلاً منه إذا ما ثبت لديه توافر كافة الشروط الموضوعية التي تطلبها العقد.

هذا وفيما يتعلق بتحديد تاريخ التسلم القضائي نجد أن تحديد هذا الوقت من الأهمية لأنه من تاريخ التسليم والتسلم تسري آثار التسليم في مواجهة الطرفين ، وتحديد وقت التسليم والتسلم القضائي يستلزم أن ترجع إلي ما سبق أن تناولنا هنا في بيان الطبيعة القانونية للتسليم^(٣) فمن رأي أنه عمل

(١) انظر د/فتحي والي ، المرجع السابق في نفس الموضوع.

(٢) انظر د/محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص١٥٢ بند ١٢٧- د/السنهوري ، مرجع سابق ج٧٧ بند ٨٦ ص١٥٣ وما بعدها.

(٣) انظر في هذا البحث " الطبيعة القانونية للالتزام بالتسليم بند ٨٥ وما بعده، ص ٦٢ وما بعدها) بند ٩٣ وما بعده.

قانوني كان الحكم القضائي هنا حكماً منشئاً وبالتالي فإن تاريخ التسليم يكون تاريخ صدور الحكم ، ومن رأي أن التسليم هو واقعة مادية جعل الحكم القضائي بالتسليم حكماً تقريرياً وبالتالي فإن تاريخ التسليم يكون من تاريخ تحقق الواقعة المادية ، هذا وقد ذهب الفقه الغالب في فرنسا إلي القول بأن تاريخ التسليم والتسلم هو التاريخ الذي يودع فيه الخبير تقريره في الدعوي^(١) ونري أن هذا الرأي لهو الراجح من وجهة نظرنا لأن القول بأن يكون تاريخ الحكم هو تاريخ التسليم فيه أضراراً بمصلحة مقال البناء من الباطن حسن النية لصالح مقال البناء الأصلي سىء النية الذي قد يعمل إلي إطالة أمد النزاع بوضع العراقيل التي تعيق صدور الحكم ، علاوة علي أن التسليم والتسلم وإن كان عملاً قانونياً كما ذكرنا من قبل في بيان الطبيعة القانونية للتسليم إلا أنه ينطوي أيضاً علي واقعة مادية هي التي يثبتها القاضي ويلاحظها ، وهي تسليم عمل منجز ومطابق للشروط التعاقدية والعرفية - من خلال تقرير الخبير المقدم له ، وبالتالي يقتضي العدل اعتبار التسليم نافذاً من تاريخ تحقق تلك الواقعة المادية التي يثبت تحققها الخبير ، ولذا فإن الحكم القضائي يكون حكماً مقررراً وبالتالي فإن تاريخ التسليم يكون من تاريخ اثبات التقرير للواقعة المادية.

(١) بيجو ، مرجع سابق ، ص ١٤٥ وما بعدها - كلاريل ، مرجع سابق ، فصل F ص ١٨ ، مدام ماري رينو ، مقال سابق ، بند ٥٠ ص ١٣٥ .

٦٦- ثانياً : التسليم الضمني:

هو اتخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال معه شكاً في أنه يعبر عن إرادة واعية لمتخذه في تسلم العمل محل التعاقد وتقبله.

والقانون المصري يقر بالتسليم الضمني ، كما بالتسليم والتسليم الصريح علي اعتبار أنه تعبيراً عن الإرادة ، والتعبير عن الإرادة وفقاً للقواعد العامة كما يكون صريحاً يمكن أن يكون ضمناً.

والتسليم الضمني قد يستخلص من بعض الوقائع ما دامت تكشف بوضوح^(١) ، عن نية مقاول البناء الأصلي في قبول الأعمال ، وهي مسألة وقائع تخضع للتقدير المطلق لقضاة الموضوع^(٢) .

ومن أمثلة بعض الوقائع التي يمكن أن يستخلص منها التسليم الضمني:
الحياسة الفعلية للبناء أو استعماله مدة طويلة:

٦٧- وتعتبر هذه الواقعة من قبيل التسليم الضمني - حيث يضع مقاول البناء الأصلي يده علي البناء أو يستعمله مدة طويلة قبل تسليمه إليه من جانب مقاول البناء من الباطن ، طالما أنها تكشف بوضوح عن نية لا شك فيها من جانب مقاول البناء الأصلي في قبوله للأعمال^(٣) وهي لا

(١)Bricmont (Georges) : la resposabilite des architectes entrepreneur en droit belge et en droit francis P. 74 No 692 ed 1979 .

(٢)Bricmont, P. 75 No69 et V. aussi-civ 2/7/1970 D 1971 - som - 17 - Civ 8/3/1972 Bul-civ 1972 p. 116 No 162.

(٣)V.Civ 8/10/1974 Bul-civ. 1974 P.258 No337.

تكون كذلك إلا إذا كانت الأعمال قد إكتملت وكان وضع اليد بلا تحفظ من جانب مقاول البناء الأصلي^(١) ، أو قيام مقاول البناء الأصلي بتسليمه لرب العمل الأصلي وقبوله من جهة رب العمل بلا تحفظ أيضاً.

وبوجه عام فإن التسليم الضمني يمكن أن يستفاد من أي ظرف آخر ما دام من شأنه أن يظهر إرادة مقاول البناء الأصلي في معني قبوله للأعمال^(٢) كان يقوم بتأجيله للغير نيابة عن رب العمل الأصلي أو إدماجه في شيء آخر أو تسوية الحساب مع مقاول البناء من الباطن بعد معاينة العمل وفحصه دون ابداء أي تحفظ^(٣) .

أما بالنسبة للتسليم الضمني في القانون الفرنسي فقد ثار حوله الشك بين مؤيد ومنكر لوجود فكره التسليم الضمني بعد صدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨م في ٤ يناير سنة ١٩٧٨ والذي بدأ العمل به في أول يناير سنة ١٩٧٩ حيث عرف المشرع الفرنسي تسلم العمل في هذا القانون بأنه

(١) C.Civ 27/1/1977 R.G.A.T 1977 - 376 . Tr.Com Toulouse 13/12/1934 G.P. 1935-123 .

- Bricmont p. 75 No 70; Labin P 108 .

(٢) Mazeaud (H.L.J) P. 130 No 1070-22.

(٣) انظر محمد لبيب شنب ، عقد المقاوله بند ١٢٧ ص ١٥٢ - السنهوري ، الوسيط ، ج ٧ بند ٨٤ ص ١٥١ .

التصرف الذي يعلن بموجبه رب العمل قبوله للعمل بـ أو بدون تحفظات وتنظيمه له بحساباته " يوثق بناء علي طلب صاحب المصلحة في التعجيل به وذلك ودياً وإلا فقضائياً".

حيث أصبح البعض من الفقه يتشكك أمام حرفية النص^(١) والبعض الآخر ذهب إلي القول صراحة أن التسليم لا يكون إلا صراحة ، وأنه لم يعد بالإمكان أن يتم بشكل ضمني^(٢) .

إلا أن جانب ثالث ذهب إلي القول بأن التعويل علي حرفية النص ليس له مبرر بل يجب التعويل علي روح النص ، وأن الأخذ بالرأيين السابقين يؤديان إلي نتائج غير مقبولة وهي أنه في حالة عدم تحرير محضر بالتسليم فإن الأعمال لن يمكن أن تجعل محلاً للتسليم إلا بتسليم قضائي^(٣) .

(١) Moderne (F) La disinction de la responsabilite decennale et de la responsabilite contracture des constructeurs dons le droit des travaux publiccs. G.P 1975 - doct P. 90 note 32.

- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph) : La lai No 78 - 12 du janv-1978 relative a la responsabilite et a l'assurance dons le domaine de construction " J.C.P 1978 - 1- 2900 No 9.

(٢) Costa (J.L) : Laresponsabilite des constructeurs d'apres la loi du 4 Janvier 1978 D 1979-Chr-P41 et 42 .

(٣) انظر في عرض هذا الخلاف د/ محمد شكري سرور ، مرجع سابق ، بند ١٢٥ ص ١٥٧

ب- طرق التسلم

٦٧- وضحنا أشكال التسليم من جهة مقاول البناء من الباطن وتسلم رب العمل (مقاول البناء الأصلي) سواء كان صريحاً أو ضمناً ، وتوضح هنا طرق التسليم وهي إما ان تتأثر بعامل الزمن فيكون التسليم مؤقتاً أو نهائياً او تتأثر بعامل الكم فيكون التسليم جزئياً أو كلياً وتعرض لهذه الطرق علي الوجه الآتي:

أولاً : التسليم المؤقت والتسليم النهائي:

٦٩- إن التسليم المؤقت ومثاله إفصاح مقاول البناء من الباطن عن إرادته في تسليم العمل ، بصفة مؤقتة حتي يتم إتخاذ الإجراءات اللازمة لرفع الملاحظات التي يضمنها مقاول البناء الأصلي محضر التسليم والتسلم أو العكس يكون الإفصاح عن التسلم المؤقت من جهة مقاول البناء الأصلي الذي يفصح عن إرادته في تقبل العمل بصفة مؤقتة حتي يتم رفع كل أسباب التحفظات التي يضمنها هو محضر التسليم والتسلم هذا وقد درجت العادة وخاصة في مقاولات البناء أن تتضمن الصفقة المبرمة بين مقاول البناء الأصلي ، ومقاول البناء من الباطن شرطاً يتم بمقتضاه التسليم علي مرحلتين يكون أولهما تسليماً مؤقتاً يستمر في العادة لمدة سنة يعلن بعدها التسليم النهائي أي أن التسليم المؤقت لا يكون إلا عند الأخذ بمبدأ ازدواجية التسليم ولكننا نري : أن الأمر هنا

يتعلق بمحض شرط تعاقدي بدون وجوده لا يمكن أن يكون هناك إلا تسليم واحد ويكون نهائياً^(١) .

والتسليم المؤقت لا يبريء ذمة مقاول البناء من الباطن من التزاماته التعاقدية طبقاً للقواعد العامة تجاه المقاول الأصلي^(٢) .

أما التسليم النهائي : فهو الذي يقر فيه مقاول البناء الأصلي بتسلمه العمل وتقبله وذلك بصفة نهائية دون أية تحفظات ، ويثبت ذلك في محضر التسليم والتسلم الذي يحرر بمناسبة التسليم النهائي ، ويترتب علي التسليم النهائي أن عملية التسليم النهائي وإن كانت تبريء ذمة مقاول البناء من الباطن من العيوب الظاهرة إلا أنها لا بترئه من العيوب الخفية التي قد تظهر بعد عملية التسليم والتسلم.

(١) انظر في تأييد ذلك :

BRICMEONT (Geres) :

La responsabilite des architectes et entrepreneur on droit belge et en droit Francais
2 éd 1965 P.68 N68.

(٢) انظر تعليق بلانكيل : علي استئناف ليون في ١٥ يناير ١٩٧٤ ، جازيت دي باليه ١٩٧٤ - ٢-٧٠٤ الذي يذهب فيه إلي أن تعبير تسلم مؤقت تعبير معيب ويري أن التسلم لا يمكن أن يكون أبداً شيئاً آخر غير إقرار الأعمال وقبولها عندما يتم بدون تحفظات .
وانظر أيضاً تعليق بويلي علي نقض فرنسي في ٢٠/١٠/١٩٨٧ م ، المجلة الفصلية للقانون العقاري ، ١٩٧٩ - ٣ ص ٣٤١ .
وانظر كاريل مرجع سابق فصل ص ٢٠ .

٧٠- ولم ينظم القانون المصري طريقة تسليم وتسليم العمل في مصر من حيث الأخذ بمبدأ ازدواجية التسليم والتسلم أو وحدته بنصوص تشريعية أو لائحة ، وإنما ترك ذلك لاتفاق الطرفين . أي أن القانون المصري ليس فيه ما يحظر الأخذ بشرط ازدواجية التسليم والتسلم ، وبالتالي لا مخالفة فيه للنظام العام ولا الآداب.

ويرى البعض الأخذ بنظام ازدواجية التسليم لأنه يمكن أن يستجيب لمصلحة مشروعة ، لكل من مقاول البناء الأصلي ، ومقاول البناء من الباطن في الإسراع بتسليم الأعمال فور الانتهاء منها ولا خطر علي مصالح مقاول البناء الأصلي من هذا التعجيل ما دام بإمكانه - طوال سنة كاملة - أن يتدارك ما خفي عليه من عيوب الأعمال عند تسلمه المؤقت لها ، أو ما لم يكن بالإمكان اكتشافها إلا من خلال الاستعمال^(١) .

ولكننا نرى : أن الأخذ بنظام الازدواجية قد يثير بعض المشاكل منها مثلاً : ما هو الوقت الذي تترتب فيه الآثار وخاصة في حالة خلو البناء من العيوب الظاهرة هل تترتب من التسليم الأول "المؤقت" أو التسليم الثاني "النهائي" هذا وقد أدت هذه المشكلة إلي انقسام الفقه الفرنسي وخاصة فيما

(١) انظر د/محمد شكري سرور ، مرجع سابق ، ص ١٦٠ بند ١٢٧ .

يتعلق بوقت سريان الضمان العشري فيما بين المهندس المعماري ، والمقاول الأصلي وبين رب العمل هل يسري من التسليم المؤقت أم من التسليم النهائي ، وأمام ذلك نجد أن الأمر في فرنسا بدأ يتجه من الأخذ بازدواجية التسليم والتسلم إلي الأخذ بنظام وحدة التسليم والتسلم.

وقد تأكد ذلك بعد صدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ في ٤ يناير ١٩٧٨م فقتن التطبيق العملي والتسليم ينص المادة ٦/١٧٩٢ ققرة (١) منه علي "أن التسليم يتم سواء مع أو بدون تحفظات"^(١) .

ثانياً : التسليم الكلي ، والتسليم الجزئي:

٧١- يكون التسليم في الغالب كلياً - مؤقتاً أم نهائياً - متى أتم مقاول البناء من الباطن الأعمال ووضعها في مجموعها تحت تصرف رب العمل ، وخاصة إذا كان العمل كل متكامل لا يقبل التجزئة ، حيث لا سبيل أمام مقاول البناء الأصلي إلا أن ينتظر تمام انجازه كاملاً حتي يتسني له تسلمه ، وهنا يكون التسليم والتسلم واحداً بتاريخ واحد ومحضر واحد.

(١) انظر عرض ذلك : كاستون ، مرجع سابق ، بند ٦٦٨ ص ٢٩٢ وما بعدها ، د/محمد شكري سرور ، مرجع سابق بند ٢٨-٢٣٤ ص ٢٥٣-٢٦٢ .

(١) L'art. 1792-6ali, Ier 11.78-12,4jan-2978) "la réception est L'acte par le guel Le maitre de L'auvrage déclare accepter l'auvrage avec ou sans rësrvé".

كما يكون التسليم كلياً إذا نص علي ذلك في عقد مقاوله البناء من الباطن علي وجوب أن يتم التسليم مرة واحدة حتي ولو كانت الأعمال تقبل التجزئة أو الانقسام بطبيعتها فلا يتم التسليم إلا إذا أنجزت كل الأعمال محل المقاوله من الباطن حتي وإن أنجزت بعض الأعمال الفرعية منها ، وعلي ذلك لا يلتزم مقاول البناء الأصلي بدفع باقي مبلغ المقاوله ، بناء علي طلب مقاول البناء من الباطن الذي أنجز بعض الأعمال ، مما يعتبر جزءاً مستقلاً من المقاوله^(١) .

أما التسليم الجزئي فإنما يكون في الأعمال التي تقبل التجزئة، كما لو أنصبت المقاوله علي مجموعة الأبنية أو مجموعة من الأعمال المختلفة المستقلة بعضها عن بعض بحيث يمكن تجزئة تسليمها بحسب ما تم انجازه مثل أن يتكون العمل من مراحل متعددة كمرحلة وضع الأساسات وتقوم به شركة متخصصة من الباطن في دق الأساسات الخرسانية ، ثم مرحلة الهياكل الخرسانية وتختص به شركة غير السابقة وهكذا بالنسبة لبناء الجدران والفواصل ، وأعمال اليباض ، وأعمال النجارة - الخ ذلك . كل ذلك بشرط أن ينتفي المانع القانوني أو الاتفاقي عن تجزئة التسليم^(٢) .

(١) نقض مدني فرنسي (الدائرة الثالثة) في ١٠/٣/١٩٨٠ وتعليق بويلي عليه بالمجلة الفصلية للقانون العقاري ١٩٨١ - ٢ ص ٢٢٦ .

(٢) بيجو ، مرجع سابق ، ص ١٤٤ - بويلي ، مرجع سابق ، بند ٢٢٣ ص ١٣٨ .

كما يرى بعض الشراح الفرنسيين^(١) أن التسليم الجزئي تؤيده ما تقضي به المادة ١٧٩١ من المجموعة المدنية الفرنسية من انه " حين يتعلق الأمر بعمل "أو بصنع شيء" عدة أجزاء بالقطعة ، فإن فحصه يصح أن يكون بالأجزاء ، ويفترض في هذا الفحص قد تم بالنسبة لكل جزء دفع أجره ، متى كان الاتفاق بأن الأجرة تستحق للعامل (مقاول البناء من الباطن) بنسبة كل عمل منقذ" وإن كانت هذه المادة في الحقيقة تتعلق بعقد المقاولة بوجه عام أكثر ما تتعلق بصفقات البناء علي وجه الخصوص.

وخلاصة القول أنه لم يخرج العمل في كل من مصر وفرنسا عن هذه القواعد العامة فكما يمكن أن يتم التسليم كلياً يمكن أن يتم جزئياً تبعاً لتتمام انجاز كل مرحلة علي حده ، ويجوز لمقاول البناء من الباطن في هذه الحالة أن يستوفي مقابل الجزء أو المرحلة التي يتم تسليمها^(٢)

(١) MAZEUD (H.L.J) : P87 175 1070 -8 .

(٢) انظر د/محمد لبيب شنب ، مرجع سابق بند ١٢٧ ص ١٥٣ - السنهاوري ، الوسيط ج ٧ ر ١ بند ٨٤ ص ١٥١ وما بعدها .
وانظري في الفقه الفرنسي (أوبري ورو أسمان ٢، مرجع سابق ، ج ٥ ط ٦ بند ٣٧٤ ص ٤٠٣ .

الفرع الثالث

آثار التسليم

٧٢- يترتب علي تسليم مقاول البناء من الباطن للبناء محل المقاوله من الباطن آثار بالنسبة لزمانه يتمثل في فائه من العيب الظاهر ، ونقل عبء تبعية العقار (تبعه الحراسه ، وتبعه الهلاك) من مقاول البناء من الباطن إلي مقاول البناء الأصلي علاوة علي استحقاقه أجره أو ما تبقي منه، وله أثر علي عقد مقاوله البناء من الباطن نفسه ، ولذا سنتناول هذه الآثار بالتفصيل علي الوجه الآتي:

١- الإعفاء من العيوب الظاهرة:

٧٣- عيوب المبني الموجودة - عند تسليمه بمعرفة مقاول البناء من الباطن ، قد تكون ظاهرة وقد تكون خفية^(١) . وبالنسبة للعيوب الظاهرة فإن الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا يسلم بأنه إذا ما تم تسليم البناء من جانب مقاول البناء الأصلي (رب العمل العرضي) بلا أي تحفظ فإنه يترتب علي ذلك إعفاء مقاول البناء من الباطن من مسئوليته عن العيوب التي كانت ظاهرة وقت حصوله وذلك دون العيوب الخفية^(٢) .

(١) سنتناول الحديث بالتفصيل عن العيوب الخفية عند تناول نطاق المسئولية من حيث الأضرار فيما بعد ، انظر في هذا البحث ص ١٢٥ وما بعدها بند ٩٢ وما بعده.

(٢) R.par ex : LABIN p.110 - (HLJ) p. 92 ivo 1070 - 10 J.MAZEAUD (2) note D 1974 précite P/393/

Civ 22/40 - 1946 J.C.P. 1974 - 2 - 3482 et note, Rodiere.

Civ. 4-1-1998 J.C.P. 1958 - 2 - 10808 et note STARCK. D 1958-457 et note Rodiere. =

لأن مقاول البناء الصلي (رب العمل) أو من ينوب عنه في عملية التسلم كان يمكن له أن يكتشفها لو أنه بذل في فحصها ومراجعتها - مع ما يتيمتع به من خيرة في هذا المجال علي اعتبار أنه مقاول بناء في الأصل - ما يبذله الشخص المعتاد من نفس طائفته^(١) . هذا ويشترط القضاء الفرنسي لأعمال هذا الترم المبريء أن يكون العيب ظاهراً في سببه وأثاره الضارة بحيث إذا كان سبب هذا العيب غير معلوم عند التسليم والتسلم أو كانت أثاره الضارة لا تظهر إلا بعد التسليم ، فلا يعتبر عيباً ظاهراً ولا يعفي مقاول البناء من الباطن منه^(٢) إلا أننا نرى أنه مع التسليم بهذا الأثر الذي يعفي مقاول البناء من الباطن من العيوب الظاهرة، إلا أنه لا يترتب علي التسليم والتسلم بذاتهما.

= Civ-9/11/1968 J.C.P 1969 - 2- 15/8/8 et note L.vEaux.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٦٥/٦/٣م مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٧٣٧ رقم ١١٧ بقولها أن "تسلم رب العمل (مقاول البناء الصلي هنا) البناء تسلماً نهائياً غير متيقن يتحفظ ما ، من شأنه أن يعطي ما بالمبني من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسليم أو معروفة لرب العمل . أما ما عدا ذلك من العيوب مما كان خفياً لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلم البناء ، فإن التسليم لا يعطيه ولا يسقط ضمان المقاول (مقاول البناء من الباطن هنا)"

^(١) انظر د/ محمد لبيب شنب ، عقد المقالة ، بند ١٠٨ ص ١٢٧ - بولي ، مرجع سابق ، بند ٢٤٠ ص ١٤٩ - نقض مدني فرنسي (الدائرة الثالثة) في الطعن رقم ٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٤ من يونيو سنة ١٩٦٢ ، مجموعة أحكام النقض ١٩٦٢ س ١٣ ق ١٢١ ص ٨٠٨ - المحاماة لسنة ٤٣ ق ص ٨١٢ في ١٠ يونيو ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٩٦٥ س ١٦ ق ١١٧ ص ٧٣٦ .

^(٢) بيجو ، مربع سابق ، ص ١٤٧ - كاريل ، ومع سابق ، فصل ، ص ٢٥ - نقض فرنسي (دائرة ١ مدني) في ١٧ يونيو ١٩٦٤ ، بيلتان ١ رقم ٣٩٥ ص ٣٠٧ - نقض مدني فرنسي (دائرة ٣) في ١٩٧٣/٤/٢٢ - بيلتان ٣ رقم ١٧٨ ص ١٣٧ .

وإنما مجد أساسه في التنازل الضمني من جانب مقاول البناء الأصلي عن هذه العيوب المستمدة من قبوله للأعمال بحالتها عند التسليم والتسلم في هذه الحالة ما هو إلا دليل علي هذا القبول.

وهذا الأثر وإن كانت لم ترد نصوص خاصة بذلك في عقد المقاولة إنما يكون الأخذ به كأثر مبريء لمقاول البناء من الباطن تطبيقاً للأحكام العامة حيث يسقط الضمان عن العيوب الظاهرة قياساً علي أحكام عقد البيع : وعلي ذلك فإن القاعدة هي : أن مقاول البناء من الباطن لا ياتزم بالضمان ، إذا أقدم مقاول البناء الأصلي علي تسلم البناء وبه عيب ظاهر ، ويجد هذا الحكم سنده القانوني فيما يأتي :

أ- افتراض العلم بالعيوب :

يفترض علم مقاول البناء الأصلي بالعيوب الظاهرة التي تلحق المبني ، وبعد ذلك من جانبه موافقة علي تسلم المبني بحالته المعيبة⁽¹⁾ وعلي ذلك فإن التسليم والتسلم يتضمن قرينه علي علم مقاول البناء الأصلي بالعيوب الظاهر مما يخفف صعوبة إثبات العلم الفعلي لمقاول البناء الأصلي بالعيوب⁽²⁾ .

(1) Cottin : la définition du vice caché dans la vente, etude de droit com' paré thèse p. 164 paris 1939. Baudry lacantinerie et saignat : Traite théorique et pratique de droit civil, t 17, No 418, 423, De page t 4 Ler partie. N. 177, Paris 1908.

(2) Mazeaud :La responsabilité civile du vendeur Fabricant, Rev. trim dr.civ 1955 P. 613 n.q.

ب- افتراض خطأ مقاول البناء الأصلي :

يعتبر مقاول البناء الأصلي مخطأ عند تسلمه للبناء ، رغم قدرته علي كشف العيب ببذل عناية الشخص العادي ، ولا يجوز بالتالي أن يتحمل مقاول البناء من الباطن نتائج هذا الخطأ^(١) ، وخاصة أن هذا الحكم من شأنه العمل علي استقرار التعامل.

ولكن يستثني من ذلك العيوب الظاهرة التي يعتمد مقاول البناء من الباطن أخفائها عساً فإنه في هذه الحالة يضمن العيوب الظاهرة التي تعدد أخفائها عساً منه ، إذا أن خفاه العمدي يستغرق خطأ مقاول البناء الأصلي في عدم بذلك العناية اللازمة للكشف عن العيب^(٢) (٢/٤٤٧ مدني مصري) وتطبيقاً لذلك فإن مقاول البناء من الباطن يضمن السبب الظاهر الناتج عن استخدامه طلاء أو مادة معينة لإخفاء شروخ أو تشققات في بعض الأجزاء الرئيسية للمبني ، أو لإخفائه بعض الإصلاحات المعيبة في المبني^(٣) .

٧٤- والقاعدة أن كل عيب يعتبر خفياً وقت التسليم ويقع علي من يدعي خلاف ذلك عبء إثبات ظهور هذا العيب ، سواء كان هذا العيب متعلقاً بالعمل أو بالمواد أو بمخالفة القوانين واللوائح ، ويتم ذلك طبقاً للقواعد العامة في الإثبات^(٤) .

(١)Guillouard :Traité de la vente et de L'échange. t, 11 N.025 H, paris, 1890.

Laurent : Principes de droit civil Français, t 24 N.284 . paris 1887.

(٢) السنهوري ، مرجع سابق ، مجلة ١ فقرة ٣٦٧ ، ص ٧١٦ .

(٣)Douai 14 mars 1461 , D. 1961, 673.

(٤) انظر كاستون ، مرجع سابق ، تسلم الأعمال الخاصة ص ٧٩٩ - كاريل ، مرجع سابق ، فصل ص ٢٤ .

ويستتبي من ذلك أن يكون عدم تمكن مقاول البناء الأصلي من اكتشاف العيب راجعاً إليّ تعمد مقاول البناء من الباطن أخفاء العيب بالمنشأة ، أو إذا أكد مقاول البناء من الباطن للمقاول الأصلي خلو العمل أو الشيء من العيب مما صرف مقاول البناء الأصلي عن فحصه ، أي أنه لكي يبقي مقاول البناء من الباطن ضامناً للعيوب الظاهرة يجب أن يسلك في ذلك مسلك إيجابي بالإخفاء أو التأكيد ولا يكفي الموقف السلبي^(١) بل يلزم الغش بقصد الأضرار من جانب مقاول البناء من الباطن.

هذا ويجوز الاتفاق بين المقاول الأصلي للبناء ومقاول البناء من الباطن أن يبقي الأخير ضامناً للعيوب الظاهرة في عقد مقولة البناء من الباطن لأن هذا الحكم مكمل ، فيجوز الاتفاق علي خلافه ، وهذا الاتفاق يسري بالنسبة للعيوب التي لم تكتشف عند التسليم والتسلم ، أما العيوب التي اكتشفها مقاول البناء الأصلي عند التسليم ولاتسلم فلا يسري عليها هذا الاتفاق ، وإنما يسري الأثر المبريء للتسليم عليها ، إلا إذا جاء الاتفاق عاماً وشمل العيوب الظاهرة التي اكتشفت والتي لم تكتشف ، ويجوز الاتفاق علي انقضاء الالتزام بضمان سلامة العمل ، وبضمان العيوب الخفية بتسلم المقاول الأصلي للبناء العمل من مقاول البناء من الباطن^(٢) .

(١) انظر د/مصطفى الجارحي ، مرجع سابق ص ٥٨ ، وانظر عكس ذلك د/محمد شكري ن مرجع سابق ص ٢٤٩ هامش ٢٠٥ .

(٢) انظر أنور طلبه مرجع سابق ، نماذج العقود والتصرفات القانونية ص ٥٢٧ نموذج ١٧٤ البند الثالث.

ب- نقل الحراسة من مقاول البناء من الباطن إلي مقاول البناء الأصلي

٧٥- يترتب علي التسليم والتسلم بين مقاول البناء من الباطن ومقاول البناء الأصلي نقل عبء تبعه العقار الذي تم تشييده، وتبعه العقار قد تكون تبعه الحراسة، تبعه هلاك إلا أننا سنقصر حديثاً هنا عن تبعه الحراسة علي اعتبار أننا سوف نتناول تبعه الهلاك (التهدم) فيما بعد^(١).

٧٦- إن الحراسة علي الأشياء أساسها السيطرة الفعلية علي الشيء ، فحراسة البناء تتطلب أن يكون للحارس سيطرة فعلية علي البناء سواء كان مقاول البناء هنا أو مقاول البناء الأصلي أو مالكة لأن الحراسة لا ترتبط بملكية البناء ، وبالتالي فمن يكون له السيطرة الفعلية علي البناء فيكون خارسه، وبالتالي يكن لحارس البناء بمقتضي السلطة الفعلية التي له علي البناء حفظه وترميمه وصيانته من أن لآخر إذا ما دعت الحاجة إلي ذلك حتي لا يهدد البناء الغير بالخطر سواء في أنفسهم أو في أموالهم^(٢) - وعلي ذلك فمن تكون له السيطرة الفعلية بصرف

(١) انظر من هذا البحث ص ١٤٤ وما بعدها بند ١٠٧ وما بعده.

(٢) انظر أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام طبعة ١٩٧٠ ، بند ٥٠٢ ص ٤١٣ - د/محمد لبيب شنب ، المسئولية عن الأشياء ، رسالة دكتوراه بند ٥٦ يوماً وما بعده ص ٧٦/٧٧ - د/عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزامات ج ٢ مصادر الالتزام =

النظر عن يملكه من عدمه كان حارساً له ، ويكون مسئولاً عما ينتج عنه من ضرر بسبب إهمال في صيانته أو قدم في البناء أو عيب فيه . ولا يستطيع أن ينفي مسئوليته إلا إذا أثبت أن الحادث إنما يرجع سببه إلي أسباب أخرى غير تلك التي ذكرت . وقد نصت علي ذلك المادة ١٧٧ مدني مصري بقولها " إن حارس البناء ، مسئولاً عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداماً جزئياً ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلي إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب به".

بعكس المادة ١٣٨٦ مدني فرنسي التي تجعل المسئولية علي مالك البناء وليس علي حارسه ، وعلي ذلك فهي تربط التبعة بالملك لا بالحراسة^(١) ، وقد ذهب البعض في الفقه الفرنسي إلي تأييد ذلك بقولهم بأنه بإمكان الغير المضرور أن يرجع علي مالك البناء (رب العمل) بالتعويض عن الضرر باعتباره حارس البناء ، ويستند هذا الرأي إلي أن مواد البناء التي يستحدثها مقاول البناء الأصلي أو مقاول البناء من الباطن في البناء تصبح مملوكة لرب

= ط١٩٥٤م مطبعة نهضة مصر ص٥٤٢ - أحمد حشمت أبو ستيت ، مصادر الالتزام ط٢ سنة ١٩٥٤ ص٤٩٩ وما بعدها .
- نقض مدني مصري في ١ مارس ١٩٧٧ - محمدي أحكام النقض ق ١٠٩ ص٥٩١ .
^(١) انظر مازو ، مطول المسئولية المدنية ، ج ٢ ط٦ سنة ١٩٧٠م بند ١٠٢ ص١٨ إلي بند ١٠٣٥ ص٢٤ .

العمل (مالك البناء) فور اندامجها في البناء أولاً بأول^(١) ونري أن هذا الرأي محل انتقاء لأنه من المسلم به قانوناً أن رحائسة البناء لا ترتبط بالضرورة بملكيتة وعلي فرض صحة ما استند إليه الرأي السابق من أن المواد المستخدمة في البناء يتملكها مالك العقار فور اندامجها إلا أن السيطرة الفعلية علي البناء وهو أساس الحراسة تظل لمقاول البناء الأصلي أو لمقاول البناء من الباطن حتي تنتهي الأعمال وتسلم بالفعل إلي مالك البناء^(٢) .

٧٧- ومما سبق نجد انه قبل تسليم البناء إلي مقاول البناء الصلي ، فإن السيطرة الفعلية تكون قائمة لمقاول البناء من الباطن ، وبالتالي تكون له القدرة علي حفظ الميني وصيانته وبالتالي حماية الغير من الضرار التي يمكن أن يلحق به من الميني ، ولذا كان مقاول البناء من الباطن حارساً للبناء خلال مدة تشييده وإقامته وحتى تسليمه إلي مقاول البناء الأصلي ، وبالتالي يكون مسئولاً عما ينجم عن البناء من ضرر للغير في نفسه أو ماله يرجع سببه إلي إهمال مقاول البناء من الباطن في الحفظ والترميم أو عيب في البناء ذاته^(٣) .

(١) أشار إلي الرأي السابق، ددايان ص٢٦٩، وأنظر في عرضهد/شكري سرور ، مرجع سابق ص١٦٨/١٦٩ بند ١٤٤ .

(٢) V.Civ 15/4/1967 Jc.P. 1965 - 2 - 13 992 et note P.E Civ 1970 p.501 No 690 et en meme sens labin pp.269-270.

- انظر د/جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزامات ج ١ ، مصادر الالتزام ط١٩٧٤م ص ٨٤ نيد ٢٣ .

- د/محمد شكري سرور مرجع سابق ، ص ١٦٩

(٣) كاريل - مرجع سابق - فصل F ص٢٧ .

ولكن بمجرد تمام تسليم المبنى إلي مقاول البناء الأصلي تنتقل إليه مسؤولية الحراسة علي البناء لأن السيطرة الفعلية عليه أصبحت لمقاول البناء الأصلي ، وبالتالي فإنه يكون مسئولاً عن الأضرار التي تلحق بالغير بسبب إهماله الصيانة أو العيب في البناء ، وتتقّي مسؤولية مقاول البناء من الباطن. هذا وتنتقل مسؤولية الحراسة بالتسليم النهائي للمبني أي بإتمام عملية التسليم والتسلم بين مقاول البناء من الباطن ، ومقاول البناء الأصلي⁽¹⁾ .

ولكننا نؤيد الرأي الذي يري⁽²⁾ ان انتقال الحراسة يترتب منذ التسليم المؤقت للأعمال ، وليس التسليم النهائي ، لأن السيطرة الفعلية تنتقل إلي مقاول البناء الأصلي بالتسليم المؤقت للأعمال ، لأن وجود تحفظات لمقاول البناء الأصلي علي بعض الأعمال لا تمنع من وجود السيطرة الفعلية لمقاول البناء الأصلي علي المبنى ، فإذا كان له الحق في مطالبة مقاول البناء من الباطن باصلاح هذه الأعمال ، إلا أن البناء ككل قد أصبح تحت سيطرة مقاول البناء الأصلي المؤقتة ، وبالتالي إذا نتج ضرراً للغير من المبنى فإن الغير يحق له أن يرجع علي مقاول البناء الأصلي بالتعويض طالما أن المبنى

(1) V.LABIN (J.Edouard) : La responsabilité des architectes et son assurance. Thèse P.270 paris 1978.

(2) KARLA (J.P.) : Les responsabilites de constructeurs "Ce quil vous Faut savoir" Ency. DGLMAS Pour La vie des affaires 1 ere éd, J.D.ELMAS ET CIE> P.27* 1981.

تحت سيطرته الفعلية ، وإذا كان سبب الضرر إجراء الترميمات التي يقوم بها مقاول البناء من الباطن والتي تتعلق بالتحفظات التي أوردتها مقاول البناء الأصلي ، فإنه يحق لمقاول البناء الأصلي أن يختصمه في دعوي المسؤولية المرفوعة ، أو يرجع عليه بما دفعه من تعويض للمضرور ، والسبب في الرجوع هنا ان الضرر يرجع إلي عيب في البناء فيسأل عنه مقاول البناء من الباطن.

ج- استحقاق الأجر وموقف الفقه الإسلامي

٧٨- يترتب علي قيام مقاول البناء من الباطن بتنفيذ التزامه بتسليم البند بعد إتمام إنجازه ، استحقاقه أجره أو ما تبقى منه لدي مقاول البناء الأصلي ، هذا ويلتزم مقاول البناء الأصلي بدفع الأجر وما تبقى منه مضافاً إليه نفقات الوفاء والفوائد المستحقة علي الأجر من يوم المطالبة القضائية به وفقاً للقواعد العامة (م ٢٢٦ مدني مصري) وإن كان البعض يري أنه إذا كان مقاول البناء من الباطن هو الذي قدم المواد المستخدمة في صنع الشيء ، فإن العقد يكون ذا طابع مختلط ، وبالتالي تسري الفوائد من يوم تسليم الشيء طبقاً لأحكام عقد البيع^(١) .

(١) بلانيول ، وريبير ، وروانس ، مرجع سابق ، ص ١٧١ بند ٩٣٢ ، عراتض ١٩ يوليو ١٨٧٠ دالوز ١٨٧٢ - ١ - ٨ - ١٨ .

والأصل أن مقاول البناء من الباطن يستحق الأجر في الوقت المتفق عليه في عقد مقاوله البناء من الباطن ، فقد يكون مقدماً علي إنجاز العمل ، او لاحقاً بعد إنجاز العمل ، أما إذا لم يوجد اتفاق علي وقت دفع الأجر فيستحق مقاول البناء من الباطن الأجر عند تسليم العمل لمقاول البناء الأصلي بدون اعتراض منه وإقراره بمطابقته للمواصفات المتفق عليها^(١) .

ولكن إذا تعدد مقاولي البناء من الباطن ، فإن توزيع الأجر عليهم بحسب الصل يكون بقدر العمل الذي أنجزه كل واحد منهم وتقدير قيمة العمل يرجع فيه إلي العرف المكل هنا ، وذلك ما لم يتم الاتفاق بينهم علي النسبة التي يستحقها كل منهم من الأجر فإذا اتفقوا علي استحقاق كل منهم لجر محدد فقد يزيد عن مقدار العمل أو يقل ويحق أي منهم الطعن فيه (م ٦٥٩ مدني مصري).

٧٩- ولكن ما هو الحكم في حالة تحديد مقدار الأجر بالطريق الجزافي ؟ فهل يحق لمقاول البناء من الباطن طلب تعديله أم لا يحق له؟

(١) بودري وفال ، مرجع سابق ، ص ١١٤٢ بند ٤٠١٨٥ .

-Baudry - Lacantinerie et wahl (A) ; Traite Théorique et pratique de droit civil , Du contrat de l'auaque, Tome 113 eme édition 1907 P. 11 H2 140 : 4018.

- Pezous (E) : Des devis at marches, au point de vue du droit civil, prais 1880 P. 17-18.

نود أن نشير هنا إلي أن نص المادة ٦٥٨ مدني مصري والتي أشارت إلي حالة إبرام العقد بأجر إجمالي علي أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل (مقاول البناء الصلي هنا) حيث قضت بأن المقاول (مقاول البناء من الباطن هنا) ليس له أن يطالب بأية زيادة في هذا الأجر إلا وفقاً لحالات معينة ليس هناك ما يمكن تطبيقها علي العلاقة بين مقاول البناء الأصلي (رب العمل العرضي) ، ومقاول البناء من الباطن . هذا وقد نص المادة ٦٥٨ مدني علي أنه " نصت المادة ٦٥٨ مدني علي أنه:"

١- إذا أبرم العقد بأجر إجمالي علي أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعاً إلي خطأ رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول علي أجره.

٢- ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة.

٣- وليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلي ذلك ليطلب زيادة في الأجر ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً.

٤- علي أنه إذا أنهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعي بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد " وذلك إذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة .

وطبقاً للفقرة الأولى من نص المادة المذكورة سابقاً لا يحق للمقاول (أي مقاول البناء من الباطن هنا) طلب زيادة الأجرة من مقاول البناء الأصلي (وهو رب العمل العرضي) طلب زيادة إلا في حالتين : الأولى : ان تكون زيادة الأجرة بسبب خطأ من مقاول البناء الأصلي ، وفي هذه الحالة يستوي أن يكون بخطأ رب العمل الحقيقي أو بخطأ من مقاول البناء الأصلي ، كأن يتراخي مقاول البناء الأصلي في استخراج ترخيص البناء حتي فات الميعاد المحدد ليدنه، وكان مقاول البناء من الباطن قد تعاقد مع عمال أو استأجر آلات ، فإن زيادة نفقاته بسبب هذا التأخير تجيز لمقاول البناء من الباطن طلب زيادة الأجرة، أو أن يخطيء مقاول البناء الأصلي عند تسليم الأرض المراد البناء عليها فقام بتسليمه أرض الغير ، وبدأ مقاول البناء من الباطن في العمل فعلاً ثم اضطر إلي إزالة ما قام بعمله ، فيكون لمقاول البناء من الباطن أن يطلب زيادة الأجرة بمقدار ما تكبده من نفقات بسبب اضطراره إلي إزالة وإعادة البناء من جديد^(١) .

(١) د/محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ن ص ١٦٦/١٩٧ بند ١٤٠ .

أما الحالة الثانية : وهي التي تتعلق بزيادة الأجر بسبب التعديل أو الإضافة في التصميم ، فيلزم أن يصدر هذا التعديل أو اضافة من مقاول البناء الأصلي - إلا انه يجب أن يخالف أحكام عقده ويلزم بدوره أن يستصدر إذن لرب العمل ، وإلا كان مرتكب خطأ عقدياً لإجراء تعديل في التصميم دون إذن رب العمل الحقيقي - وبالتالي فلا يستحق مقاول البناء من الابطن أية زيادة في الأجرة إلا إذا كان متقفاً علي أجرة التعديل مع مقاول البناء الأصلي.

أما بالنسبة لما جاء بالفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدني المذكورة سابقاً فاشتراطت أن يكون الاتفاق في حالتنا هنا كتابة بين مقاول البناء من الباطن ومقاول البناء الأصلي ، ولكن ذهب جانب من الفقه^(١) إلي القول بأن ذلك الحكم يسري فقط في العلاقة بين مقاول البناء الصلي ورب العمل ، اما في العلاقة بين مقاول البناء الأصلي ، ومقاول البناء من الباطن فيجب علي مقاول البناء الأصلي أن يدفع الزيادة في الأجرة وذلك دون حاجة إلي أن يكون هناك اتفاق بالكتابة لا علي التعديل في ذاته ولا علي مقدار الزيادة في الأجرة.

(١) انظر في ذلك الرأي د/ الستهوري ، الوسيط ج٧ ص٢١٥.

ولكننا نري : أنه يلزم الاتفاق كتابة بين مقاول البناء الأصلي ومقاول البناء من الباطن علي التعديل أو اضافة وعلي زيادة الأجرة، وذلك لأن لفظ المقاول عندما يطلق يؤخذ بصفة عامة دون نعت ، ولعل الرأي السابق قد ركن في تفسيره إلي تفسير خاص لكلمة العقد الأصلي الذي سبق العقد من الباطن ، ولكن هذا التفسير غير مقبول لأن المادة ٦٥٨ سبقت النصوص الخاصة بالمقاوله من الباطن ، ولذا يجب حمل حكمة العقد الأصلي للدلالة علي العقد الذي لحقه التعديل أو اضافة سواء كان عقداً أصلياً أو عقداً من الباطن^(١) .

كما تقتضي الفقرة الثالثة أيضاً من النص المذكور سابقاً بأنه ليس للمقاول (مقاول البناء من الباطن في حالتنا) أن يطلب زيادة الأجرة ولو صار تنفيذ العقد عسيراً ولكننا نري أن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام ويجوز الاتفاق علي عكسه ، كما انه لا يعطل تطبيق نص المادة (٤٧) الفقرة الثانية^(٢) الخاصة بالظروف الطارئة ، ما أنه لا يعطل حكم الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدني والتي تعتبر تطبيقاً للمادة ١٤٧ و خاص بعقد المقاوله^(٣) .

(١) انظر في تأييد هذا الرأي د/مصطفى الجارحي ن مرجع سابق ،ص ٧٢.

(٢) نص المادة ٢/١٤٧ مدني علي أنه * (٢) ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة يكن في الوسع توقعها وترتب علي حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلي الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق علي خلاف ذلك*.

(٣) مذكرة المشروع التمهيدي ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٢.

وهذه المواد جميعها تواجه إزدياد نفقة العقد لظروف خارجة عن المتعاقدين كأسعار المواد الأولي ، وأجور الأيدي العاملة^(١) .

مع ذلك فإن زيادة الأجر يجب ألا تتجاوز ما هو لازم لرفع الإرهاق غير المتوقع عن المقاول من الباطن ، ويكون ذلك بتحميل مقاول البناء من الباطن الزيادة المألوفة في أسعار المواد الأولية واجور العمالة ، لأن هذه الزيادة متوقعة ، وبالتالي يدخل في تقدير مقاول البناء من الباطن عند ابرام عقد مقاوله البناء من الباطن ، أمام الضرر غير الألوف من الزيادة فيوزع علي مقاول البناء من الباطن ومقاول البناء الأصلي.

ويمكن للقاضي بإضافة إلي الحكم بزيادة الأجرة أو الفسخ وفقاً لمادة ٤/٦٥٨ مدني أن يحكم بوقف تنفيذ العقد حتي يزول الحادث الاستثنائي إذا كان وقتي وينتظر زواله بعد وقت غير طويل بشرط ألا يترتب علي ذلك فوائد الفائدة التي يقصدها رب العمل من وراء انجاز العمل^(٢) وذلك تطبيقاً لنص المادة ٢/١٤٧.

(١) انظر في تأييد ذلك د/ مصطفى الجارحي ، مرجع سابق ، ص ٧٢ .
(٢) السنهوري ن ج ٧ ص ٦٤٦ بند ٤٢١ .

٨٠- ولكن هل يستحق مقاول البناء من الباطن لأجرة إذا هلك البناء؟

يستحق مقاول البناء من الباطن أجره بعد ان يتم التسليم ، ولو هلك البناء فيما بعد ، لأن هلاك البناء بعد التسليم لا ينقص حقوقه أو التزاماته التي تبدأ في مرحلة ما بعد التسليم ، أما إذا هلك البناء بعد التسليم فتطبق أحكام المادة ١/٦٦٥ مدني مصري وهي التي تقضي بانه إذا هلك البناء قبل التسليم للمقاول الأصلي بسبب حادث مفاجيء ، فلا يحق للمقاول البناء من الباطن أن يطالب بأجره ولا يرد نفقاته ، ويكون هلاك المادة التي استخدمت في البناء علي من قام بتوريدها من الطرفين أس واء مقاول البناء الأصلي أو مقاول البناء من الباطن ، وعلّة ذلك : أن مقاول البناء من الباطن هنا يعمل استقلالاً في تنفيذ العمل فهو الذي يتحمل مخاطره^(١) .

اما إذا كان مقاول البناء الأصلي قد أعذر مقاول البناء من الباطن بتسليم الشيء له أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعاً إلي خطأ مقاول البناء من الباطن ، وجب عليه تعويض مقاول البناء الأصلي (رب العمل العرضي) بمقتضى المسؤولية العقدية وكذا رب العمل الأصلي بمقتضى المسؤولية التقصيرية عما يكون قد ورده أي منهما من مادة العمل (٢/٦٦٥ مدني مصري).

(١) تنظر مازو ، العقود الرئيسية ، مرجع سابق ، فقرة ١٣٥٦ ص ١٠٩٠ ..

أما إذا كان مقاول البناء من الباطن قد أعذر مقاول البناء الأصلي بأن يتسلم البناء أو كان هلاك البناء أو تلفه راجعاً إلي خطأ مقاول البناء الصلي أو إلي عيب في المادة التي وردها ، كان هلاك المادة علي مقاول البناء الأصلي ، وكان لمقاول البناء من الباطن الحق في الأجرة ، وفي التعويض عند الاقتضاء (٣/٦٦٥ مدني مصري).

٨١- ومن الضمانات التي أوجدها المشرع لأجر مقاول البناء من الباطن أنه أعطاه الحق في حبس البناء الذي قام بتشبيده وعد تسليمه إلي مقاول البناء الأصلي ، إذا امتنع هذا الأخير عن الوفاء بالأجر المتفق عليه او لم يعرض دفعه ما دام الأجر يستحق الوفاء في الوقت الواجب تسليم العمل فيه ، ويظل لمقاول البناء من الباطن حبس العين حتي يقوم مقاول البناء الأصلي بدفع هذا الأجر ، او يقدم تأميناً كافياً للوفاء به (م١/٢٤٦)، ولكن يتقضي حق مقاول البناء من الباطن في حبس البناء إذا سمح للمقاول الأصلي بتسلم العمل.

كما يكون لمقاول البناء من الباطن امتيازاً علي المنشآت التي قام بتشبيدها أو إعادة تشبيدها أو ترميمها أو صيانتها بقدر ما زاد في قيمتها بسبب الأعمال التي قام بها (م١١٤٨ مدني) والحكمة من ذلك أن عمل مقاول

البناء من الباطن هو سبب وزيادة قيمة البناء ، ولذلك كان من العدالة أن يستوفي أجره من هذه القيمة بالأولوية عيل غيره ، ويجب أن يكون الامتياز مقيداً ، وتكون مرتبته من وقت القيد^(١) .

د- موقف الفقه الإسلامي من الآثار المترتبة علي قيام مقاول البناء من الباطن بتسليم البناء:

٨٢- يرتب الفقه الإسلامي بعض الآثار علي قيام مقاول البناء من الباطن بتسليم البناء إلي مقاول البناء الصلي (رب العمل العرضي) منها استحقاقه للأجر ، ورتب أيضاً بعض الأحكام التي تتعلق بهلاك العين في يد مقاول البناء من الباطن سنتاولها علي الوجه الآتي :

يلتزم مقاول البناء الأصلي (رب العمل العرضي) بدفع الأجرة لمقاول البناء من الباطن مقابل إنجازه للعمل وقد أمر الشارع بالوفاء بها وحذر من أكلها أو تأخيرها : قال الله تعالى : " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن"^(٢) وقال النبي صلى الله عليه وسلم: (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه)^(٣)

(١) انظر د/عبد الفتاح عبيح الباقي ، الوسيط في التأمينات العينية عام ١٩٥٤ ص١٧ بند ٤٦٦-د/منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية ص٢٧٦ .

(٢) الطلاق : ٦ .

(٣) أخرجه ابن ماجة وصححه الألباني : انظر صحيح ابن ماجة (١٩٨٠) والإرواء الألباني (٣٤٩٤٨) ، المكتب الإسلامي ، ط ١ ، ١٩٨٦م .

ووجه الدلالة في النصوص السابقة هو الأمر ، والأمر يقتضي

الوجوب إذا لم يصرفه عن الوجوب ولا صارف له هنا.

وقد توعد الله سبحانه وتعالى الذين يمنعون أجر العامل في الحديث القدسي حيث قال تعالى : (ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، رجل أعطي بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفي منه ولم يعطيه أجره)^(١) .

٨٣- ومن شروط الأجرة : أن للأجرة قي عقد مقاوله البناء من الباطن شروط

تشتترط فيها كما يشترط في أي محل للالتزام وهي علي ما يأتي :

أ- ان يكون الأجر موجوداً أي متصوفاً عليه في عقد مقاوله البناء من

الباطن حتي لا تكون هناك جهالة مفضية إلي النواع ، فإذا لم يتكر الأجر

في العقد الذي يقصد منه المعارضة فإن العقد يكون باطلاً في الفقه

الإسلامي^(٢)

وقال الرملي : (ولو عمل لتغيره عملاً بإذنه دفع ثوباً إلي القساء

ليقصره أو غني خياط ليخيطه ففعل ولم يذكر أحدهما أجرة ولا ما يفهمها فلا

أجرة له لتبرعه)^(٣) .

(١) أخرجه البخاري في ابوع ٢٢٢٧/١ وغيرها.

(٢) انظر مجلة هدي الإسلام ، علي عيد أبو البصل ، وزارة الأوقاف ، الأردن ، العدد

السادس المجلد ١٤٠٨/٣٢ هـ.

(٣) نهاية المحتاج ن الرملي ، ج ٥ ص ٣١١ .

ب- أن يكون البديل معيناً أو قابلاً للتحيين بشكل لا يؤدي إلي جهالة تسبب التنازع والاختلاف^(١) .

وتلك مصداقاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم (من أستاجر أجيراً فليعلمه أجره)^(٢) .

٣- أن يكون الأجر مشروعاً : أي يجب الأجر مالا متقوماً يتاح الانتفاع به وبالتالي لا يصح أن يكون البديل مالا منفعة فيه ، كالخمر ولحم الخنزير .
لقوله النبي صلى الله عليه وسلم (ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام)^(٣) .

ومن شروط استحقاق مقاول البناء من الباطن لأجرة تجاه رب العمل العرضي (مقالول البناء الأصلي) أن يلتزم بإتجاز البناء وتسليمه لأنالأجرة تلزم بانجاز البناء وتسليمه، ما لم يتفق الطرفان علي غير ذلك^(٤)

٨٤- **وكيفية التسليم** : اما فيما يتعلق بكيفية التسليم التي يستحق بها مقاول البناء من الباطن الأجرة لا تعدوا أن تكون أحد أمرين:

(١) جاء في كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار ، تقي الديت ، أبي بكر بن محمد الحسيني الشافعي ج ١ ص ٥٨ " وقولنا بعوض معلوم إحترزنا به عن الأجرة المجهولة فإنها لا يصح جعلها أجرة ، فإنه ثمن المنفعة وشرط الثمن أن يكون معلوماً ، ولأن الجهل به غرر" - الطبعة الثالثة ، الشئون الدينية بدولة قطر .

(٢) أخرجه البيهقي وضعفه ، راجع الإرواء ، الألباني : ١٤٩ .

(٣) انظر الإجارة الواردة علي عمل الانسان ، د/شرف علي الشريف ، دار الشروق جدة - الطبعة الأولى ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

(٤) انظر : د/شرف علي الشريف ، المرجع السابق ، ص ٢٧٤ .

أ- فإذا كان مقاول البناء يعمل في البناء وهو في حيازته حيازة تامة فإنه لا يكون مسلماً للبناء إلا بالتخلية بينه وبين البناء بحيث يكون في حيازة مقاول البناء الصلي (رب العمل العرضي).

ب- إما إذا كان البناء في حياة مقاول البناء الصلي ، ويعمل فيه مقاول البناء من الباطن فإنه يكون قد سلم البناء فور انتهائه من العمل ويستحق علي ذلك الأجرة^(١) .

٨٥- أما إذا هلك البناء في يد مقاول البناء من الابطن أي قبل تسليمه وأقام البينة علي عدم تفريطه أو تعديه عليها فهو غير ضامن لها ، ولكن هل يلزم مقاول البناء الأصلي (رب العمل العرضي) دفع الأجرة له .
اختلف الفقهاء في مسألة الأجير للمشترك (مقاول البناء من الباطن) علي ثلاثة آراء:

(١) جاء في المغني قوله : (وكل من أستؤجر علي عمل عين فلا يخلوا إما أن يوقعه وهو في يد الأجير كالصباغ يصبغ في حانوته، والخياط في دكانه فلا يبرأ من العمل حتي يسلمها إلي المستأجر ولا يستحق الأجر حتي يسلمه مفروغاً منه ، لأن المعقود عليه في يده فلا يبرأ منه حتي يسلمه إلي العاقد كالبيع من الكعام لا يبرأ منه قبل تسلمه للمشتري ، واما إن كان يوقع العمل في ملك المستأجر مثل أن يحضره المستأجر إلي داره ليخيط فيها فإنه يذبرأ من العمل ويستحق أجره بمجرد عمله لأنه في يد المستأجر فيصير مسلماً للعمل حالا فحالا ، ولو استأجر رجلاً يبنّي له حائطاً في داره أو يحفر فيها بئراً ليرى من العمل واستحق أجره بمجرد عمله* - والمغني والشرح الكبير ، لابن قدامة ج ٦ ص ١١٤ ، طبعة المكتبة السلفية - المدينة المنورة.

الأول : أن مقاول البناء من الباطن إذا أثبت هلاك العين بدون تعد منه فلا ضمان عليه ولا أجره وذلك قياساً علي مسألة الأجير ، وممن قال بهذا الرأي مالك في المدونة، وابن القاسم من المالكية وبعض الحنابلة^(١) .

والثاني : ان لمقاول البناء من الباطن (الأجير المشترك) أجره إذا فرغ من جميع العمل أو بعضه^(٢) ، والرأي الصالح : قال به جمهور الفقهاء حيث فصلوا القول بأنه : إذا انفرد الصانع (مقاول البناء من الباطن) باليد علي العين (البناء) فلا أجره له، لأن الأجرة لا يستحقها إلا بتسليم العين (البناء) إلي مقاول البناء الصلي (رب العمل العرضي) ، أمام إذا لم يتفرد العامل (مقاول البناء من الباطن) باليد علي العين المصنوعة أو كانت يحضرها رب العمل (مقاول البناء الصلي) فإنه يستحق الأجرة بالفراغ من العمل لأن يد المستأجر عليه فوقع العمل مسلماً لصاحبه ، فإذا فرغ منه فقد استلمه صاحبه^(٣) .

(١) جاء في المدونة الكبرى ، الامام مالك ج ٣ ص ٤٤٠ - دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت - لبنان ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م (أما ما ضاع عند اهل الأعمال مثل الصباغين والخياطين ومن ذكرت منعهم فلا أجر لهم وعليهم الضمان لازم.... إلا ان تقولهم بينه علي الصياغ فيبروون من الضمان ولا أجر لهم لأنهم لم يسلموا ما عملوا إلي أرباب ذلك المتاع) - وانظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ابن رشد طبعة ٦ سنة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢ ، دار المعرفة بيروت - ج ٢ ص ٢٣٣ .

(٢) انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مرجع سابق ، ج ٢ ص ٢٣٣ حيث قال ابن المواز " لهم الأجرة ... ووجه ما قال أن المعينة إذا أنزلت بالمستأجر فوجب ألا يمضي عمل الصانع باطلاً" .

(٣) انظر شرح روض الطالب في اسني المطالب ، أبي يحيى زكريا الأنصاري الشافعي ج ٢ ص ٤٢٦ .

والراجح من وجهة نظرنا : ان مقاول البناء من الباطن لا يستحق الأجر من مقاول البناء الصلي إذا هلك البناء وهو في حيازته بأمر غالب لا يمكن التحرز منه ، كما أنه لا ضمان عليه سواء كان في حضرة مقاول البناء الأصلي ، أو لم يكن ، لأن إتلاف البناء من غير تفريط أو تعد منه قضاء وقد حل بمال رب العمل (مقاول البناء الأصلي) والمقاول من الباطن معاً أي يجهد مقاول البناء من الباطن ، ومال رب العمل (مقاول البناء الأصلي) والقول بإلزام المقاول من الباطن بالضمان أو إلزام مقاول البناء الأصلي بدفع الأجرة فيه ضرر بأحدهما لا محالة ومخالفة للقاعدة التي تجري عليها الأحكام (لا ضرر وضرار).

٨٦- وهل يكون لمقاول البناء من الباطن الأجرة إذا كان التأخير بسبب مقاول البناء الأصلي) ذهب ابن قدامة إلي القول بام مقاول البناء من الباطن (الأجير) لا يستحق الأجر طالماً لم يعمل سواء كان بسبب يرجع إلي مقاول البناء الأصلي (رب العمل العرضي) أو لسبب غيره لأن مقاول البناء الصلي لم يستوف العمل من مقاول البناء من الباطن حتي يلتزم بدفع الأجر له^(١) .

(١) جاء في المغني والشرح الكبير ، لابن قدامة ج ٦ ص ١٢٦ (ومن استؤجر علي عمل موصوف في الزمة كالخياط أو بناء فيذل الأجير نفسه للعمل فلم يمكنه المستأجر لم تستقر الأجرة بذلك، لأنه عقد علي المنفعة من غير تقدير فلم يستقر بدلها بالبذل كالصداق لا يستقر ببذل المرأة نفسها).

علاوة على أن مقاولات البناء في هذا العصر قد تكلف أجرتها في مدة التأخير مبالغ كبيرة في بعض حالاتها فلو أوجبنا علي رب العمل (مقاول البناء الأصلي) في حالتنا هنا دفع الأجرة للحق به ضرراً خلافاً للقاعدة أنه "لا ضرر ولا ضرار".

ولكن يحق لمقاول البناء من الباطن في هذه الحالة أن يطلب فسخ العقد (عقد المقاول من الباطن) ولا يلتزم بأي جزء تجاه مقاول البناء الأصلي من جراء تأخير رب العمل (مقاول البناء الأصلي) له.

٨٧- هل يحق لمقاول البناء من الباطن حبس البناء حتي يستوفي أجرة من رب العمل (مقاول البناء الأصلي) أم لا؟

أختلف الفقهاء في مسألة حبس الأجير العين حتي يستوفي أحره علي ثلاثة أقوال :-

الأول: لا يجوز للأجير (مقاول البناء من الباطن هنا) حبس العين^(١) (البناء)

لأنه لم يرهن العين عنده فلم يجز له احتباسها . والثاني : قال بجواز

قيام الأجير (مقاول البناء من الباطن في حالتنا) بحبس العين (البناء)

(١) جاء في المجموع ، للنووي ج ١٥ ص ١٠٩ طبعة دار الفكر - بيروت لبنان قال الشيرازي : إذا استأجر صانعاً علي عمل فعمل فهل له أن يحبس العين علي الأجرة؟ فيه وجهان : الأول : لا يجوز لأنه لم يرهن العين عنده فلم يجز له احتباسها ، كما لو استأجره ليحمل له متاعاً فحمله ثم أراد أن يجبس العين علي الأجرة .

حتى يستوفي أجره وهذا هو رأي الجمهور^(١) وذلك لأن عمله ملكه فجاز له حبسه علي العوض كالبيع في يد البائع^(٢) ، علاوة علي أنه يجوز للأجير المشترك (مقاول البناء من الباطن) حبس العين المصنوعة (البناء) إذا أفلس المستأجر (مقاو البناء الأصلي)^(٣) .

ونرجح الرأي الذي ذهب إلي القول بأنه يجوز للأجير (مقاو البناء من الباطن) أن يحبس العين (البناء) من أجل الأجرة لأن مقاو البناء من الباطن قد تعلق حقه بالبناء بسبب عمله فيها فأصبح شريك المالك في العين حتى يستوفي أجرته منه أو من غيره ، ولا شأن له بتقليس رب العمل (مقاو البناء الأصلي) ما دامت العين (البناء) تحت يده وفي حيازته، كما أن القول بالحبس فيه سد لذريعة مماثلة أرباب الأعمال لعدم الوفاء بما استحق عليهم للمقاولين من الباطن.

(١) جاء في كشف الحقائق شرح كنز الدقائق عبد الحكيم الأفغاني ج ٢ ص ٥٣ قوله * ومن لعمله أثر في العين (كالصباغ والقصار بحبسها للأجر) ، لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله جق الحبس لاستيفاء البديل كما في البيع (فإن حبس فضاغ فلا ضمان) ، لأنه غير معتد في الحبس فبقي أمانه كما كان عنده (ولا أجر) لعدم تسلم المعقود عليه . أنظر المدونة الكبرى، لأمام مالك ج ٣ ص ٤٤٠ .

(٢) انظر المهذب ، الشيرازي ج ١ ص ٤١٠ - بدائع الصنائع ، الكاساني ج ٤ ص ٢٠٤ .
(٣) انظر منتتهى الإرادات - تقي الدين محمد أحمد الفتوحى ، تحقيق د/عبد الغني عبد الخالق مكتبة دار المعارف ، مصر ج ١ ص ٣٩٣ .

فهرس

١٥	المبحث التمهيدي : ماهية مقاول البناء فى القانون والفقّة
١٥	المطلب الأول : ماهية مقاول البناء فى القانون
٢١	المطلب الثانى : ماهية عقد مقاوله البناء فى الفقّة الاسلامى
٢٥	المبحث الأول : طبيعة الاعمال الموجبة
٣٤	المبحث الثانى : اسباب مسؤولية مقاول البناء من الباطن فى نطاق الاعمال
٣٦	المطلب الأول : الاخلال بإنجاز العمل على وجه سليم
٥١	المطلب الثانى : الاخلال بالتزام تسليم العمل
٥٥	الفرع الأول : الطبيعة القانونية للإلتزام بتسليم العمل
٦٤	الفرع الثانى : صور وطرق التسليم
٨٠	الفرع الثالث : آثار التسليم